Die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers

unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Berechtigung zur Wiederherstellung beim Werkvertrag nach dem BGB und ihre mögliche Milderung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen.

Vorgelegt von: Walther Luckhardt aus Eschwege.

ESCHWEGE,
Druck von A. Rossbach,
1925.

Gutachter: Dr. jur. et Dr. phil. Paul Oertmann,

Professor und Geh. Justizrat in Göttingen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit.

Inhalt.

§ 1. Vorwort.
§ 2. Das Wesen des Werkvertrages unter Heranziehung des Dienstvertrages.
§ 3. Der Begriff der Gefahrtragung beim Werkvertrag.
§ 4. Pflicht und Recht zur Wiederherstellung bei eingetretener Unmöglichkeit.
§ 5. Die Wiederherstellungspflicht beim Werkvertrag.
§ 6. Die Wiederherstellungspflicht des vor Vollendung oder vor Abnahme zerstörten oder verschlechterten, aber nochmals möglichen Werkes.
§ 7. Die Wiederherstellungspflicht des vollendeten zerstörten oder verschlechterten, aber nochmals möglichen Werkes.
§ 8. Die Berechtigung zur Wiederherstellung.
§ 9. Pflicht und Recht zur Wiederherstellung bei immateriellen Werken.
§ 10. Schluss.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548122_0098

Literatur-Verzeichnis.

1. Allgem. Gesetzbuch für die preuss. Staaten. 1791.
2. Böninger, Kurt: Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertrag des gem. und bürgerlichen Rechtes.
3. Brütt, Dr. Lorenz: Die Kunst der Rechtsanwendung 1907.
4. Cosack, Conrad: Lehrbuch des deutsch. bürgl. Rechtes 1899.
5. Crome, Karl: Die partiarischen Rechtsgeschäfte 1897.
6. Crome, Karl: System des deutschen bürgerlichen Rechtes.
7. Dochnahl: Die Gefahrtragung beim Werkvertrag in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 48.
8. Eck, Dr. Ernst: Vorträge über das Recht des BGB. 1903 Bd. 1.
9. Emerich, H.: Kauf- und Werklieferungsvertrag.
10. Endemann, Prof. Dr. F.: Lehrbuch des bürgl. Rechtes 1908.
11. Entscheidungen des R. G. in Zivilsachen.
12. Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich 1888.
13. Goldmann-Lilienthal: Das bürgl. Gesetzbuch systematisch dargestellt 1903.
14. Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht 1917.
15. Jahnke, Franz: Die Gefahrtragung beim Werkvertrage 1914.
16. Kipp, Enneccerus u. Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1920.
17. Kohler, I.: Der Gläubigerverzug in Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13.
18. Krückmann, Paul: Institutionen des bürgl. Gesetzbuches 1899.
19. Krückmann, Paul: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess in Archiv für zivilistische Praxis Band 101.

20. Lotmar: Philipp: Der Arbeitsvertrag, Bd. 1 1902, Bd. 2 1908.
21. Mayer, Dr. Alex: Zur Lehre von der Gefahrtragung für die Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrage, insbesondere beim Arbeitsvertrage, 1906.
22. Motive zu dem Entwurfe eines BGB. für das Deutsche Reich Bd. 2.
23. Oertmann, Paul, Prof. Dr.: Kommentar, Recht der Schuldverhältnisse 1910.
24. Oertmann, Paul, Prof. Dr.: Der Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24.
25. Oertmann, Paul, Prof. Dr.: Die Vorteilsausgleichung.
26. Peil, Conrad: Die Gefahrtragung beim Werkvertrag 1906.
27. Planck, Prof. Dr.: Bürgl. Gesetzbuch nebst Einf.-Gesetz, Bd. 2 1900.
28. Planck-Siber, Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, 1914.
29. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB. Bd. 2, 1898.
30. Das Recht, Jahrgang 1904.
31. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
32. Riezler, Dr. Erwin: Der Werkvertrag nach dem BGB. 1900.
33. Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag 1905.
34. Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II,2 1910.
35. Stern, Siegfried: Die Gefahrtragung 1910.
36. Titze, Heinrich: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutsch. bürgl. Recht 1900.
37. Trachsel, Dr. Gottfried: Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gem. Recht und modernen Gesetzgebungen in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 98, 1923.
38. Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages.
39. Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen 1916.
40. Wüstendörfer, Prof.: Tatsachen und Normen des Seeschiffbaues in Hanseatische Rechtszeitschrift, 1. Jahrgang, 1918.

§ 1.

Vorwort.

Für die uns vorliegende Arbeit finden wir eine umfassende Literatur aus dem Gebiet der Gefahrtragung beim Werkvertrag. Von jeher hat die Gefahrtragung aus dem Werkvertrage eine grosse Rolle gespielt und heftiger Streit ist oft um dies Gebiet geführt. Man sollte meinen, dass in einem Kampf der Meinungsverschiedenheiten, den namhafte Gelehrte der gemeinrechtlichen und Jetztzeit geführt haben, bereits längst die uns gestellte Aufgabe ihre Erledigung gefunden habe. Es muss daher Wunder nehmen, zu hören, dass die Frage der Berechtigung und Verpflichtung zur Wiederherstellung durch den Unternehmer beim Werkvertrage im Falle des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung bis heute noch immer sehr umstritten ist. Ohne Zweifel ist die Frage doch nicht von so untergeordneter Bedeutung, dass es sich nicht der Mühe lohnte, sie zu klären. Und in der Tat haben, wie wir schon oben erwähnten, nicht die schlechtesten unserer Juristen sich bemüht, sie einer endgültigen Regelung zu unterwerfen. Leider sind aber alle diese Versuche bisher gescheitert, und es soll schon hier betont werden, dass u. E. der Grund darin zu sehen ist, dass die Motive und die Protokolle zum BGB. gerade in den entscheidenden Punkten für unsere Arbeit versagen. Wenn wir auch nicht verkennen, dass den Motiven und Protokollen heute nicht mehr die Bedeutung zugesprochen werden kann, die sie bei der Veröffentlichung des BGB. und in dessen ersten Jahren finden mussten, so glauben wir andererseits nicht, sie völlig ausschalten zu können. Immerhin haben wir

eine feststehende Regelung der Wiederherstellungspflicht und zwar im Falle der eintretenden Unmöglichkeit der Herstellung. Zwar ist sie nicht in besonderen Vorschriften unter dem Abschnitt „Werkvertrag“ im BGB. zu finden, sondern sie ergibt sich aus den an anderen Stellen im BGB. geregelten Vorschriften über die Unmöglichkeit.

Wir sind uns also darüber völlig klar, dass es sehr schwer sein wird, einen Weg für die Wiederherstellungspflicht zu finden, der allen Beteiligten gerecht zu werden verspricht. Die Sachlage wird auch ohne Zweifel dadurch nicht leichter, dass gerade in der Neuzeit im Gegensatz zu der Zeit des Erscheinens des BGB. in geradezu auffallend wenigen Abhandlungen das fragliche Gebiet behandelt wird, sodass man die zur Verfügung stehende Literatur der Neuzeit nur mit spärlich bezeichnen kann. Wenn wir uns trotz aller erkannten und bestehenden Schwierigkeiten der Aufgabe widmen, so geschieht es aus der Erkenntnis heraus, dass es sich auf diesem Gebiete nur um einen Versuch handeln kann, die Gesetzesschärfe zu mildern und die aus dem Werkvertrag entspringende Haftung für den betroffenen Kreis der menschlichen Gesellschaft erträglicher zu gestalten.

---

§ 2.

Das Wesen des Werkvertrages unter Heranziehung des Dienstvertrages.

Bevor wir die feststehende Regelung der Pflicht zur Wiederherstellung bei eingetretener Unmöglichkeit betrachten, soll kurz auf das Wesen des Werkvertrages eingegangen werden, um das Verständnis der späteren Ausführungen zu erleichtern.

Der Werkvertrag (locatio conductio operis) ist ein Gebilde eigenster Art. Früher war garnicht selten die

Ansicht vertreten, dass er eine Unterart des Dienstvertrages (locatio conductio operarum) sei. Uns scheint diese Ansicht völlig fehlzugehen (so auch herrschende Meinung). Es soll davon abgesehen werden und ist nicht unsere Aufgabe, eine Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der beiden Verträge zu geben. Nur soviel sei betont, dass beide Verträge lediglich Unterarten der locatio conductio (Miete) waren, und dass erst die Gesetzgebung der neueren Zeit, so z. B. schon das A.L.R. I 11 § 894 ff. und das sächsische Gesetzbuch § 1230 hier Wandel geschaffen haben und beide Verträge aus ihrer Abhängigkeit zu selbständigen einheitlichen Rechtsgeschäften erhoben haben. In neuester Zeit ist dann das BGB. diesen Kodifikationen gefolgt.

Eine andere Frage scheint es indessen, ob diese Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag als selbständigen Verträgen glücklich zu nennen ist. Und in der Tat haben sich namhafte Gelehrte gegen diese Auffassung gewandt. So kommt schon Rümelin[1]) nach umfangreichen Betrachtungen über das Wesen beider Verträge am Schluss seines Buches zu dem Ergebnis, dass es besser gewesen wäre, „nicht zwischen Dienst- und Werkvertrag zu unterscheiden, sondern den Arbeitsvertrag als solchen zu behandeln . . ., so dass der Werkvertrag als eine Unterart des Arbeitsvertrages erscheinen würde". Offenbar gehören auch beide Verträge dem weiteren Gebiete des Arbeitsrechtes an, geben sie doch beide Bestimmungen über die Arbeit, der Dienstvertrag über die zu leistende Arbeit, der Werkvertrag solche über den Arbeitserfolg oder das Produkt der Arbeit. In seinem Buch „Der Arbeitsvertrag" hat Lotmar eine Definition für alle das Gebiet der Arbeit umfassenden Verträge aufgestellt und will unter dem Begriff „Arbeitsvertrag" „den gegenseitigen obligatorischen Vertrag, in welchem die Vertragsschliessenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren", verstanden wissen.[2])

[1]) a. a. O. S. 317.
[2]) Lotmar, a. a. O. Bd. 1 S. 32.

Mag die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag als selbständigen Rechtsgeschäften richtig oder falsch oder wenig glücklich genannt werden, so scheint es doch unbillig und ungerecht, dem Gesetzgeber daraus einen Vorwurf zu machen. Wenn das BGB. die Verträge aus der Abhängigkeit der gemeinrechtlichen locatio conductio herausgehoben hat, so hat es das in der richtigen Erkenntnis getan, dass beide Verträge einem Rechtsgebiet angehören, das durch spätere Kodifikationen ausgebaut werden sollte. Ob es allerdings überhaupt möglich erscheint, ein einheitliches Arbeitsvertragsrecht zu schaffen, ist fraglich. Das Gebiet der vorkommenden Arbeitsverhältnisse ist so umfangreich und so mannigfaltig, dass ein solches Beginnen fast aussichtslos erscheinen muss. Jedenfalls dürfte aber in einem zukünftigen Arbeitsvertragsrecht der Werkvertrag des BGB. als ein besonderer Typ des Arbeitsvertrages von ausschlaggebender Bedeutung sein.[1]) Wenn das R. R. den Dienstvertrag nicht in gleicher Weise ausgebildet hat, wie wir es sonst vom R.R. gewöhnt sind, so hat das seinen Grund in der Tatsache der Sklavenwirtschaft, die eines besonderen Schutzes im allgemeinen nicht bedurfte. Die Neuzeit hat anders über die Dienste urteilen gelernt. So finden wir neben der allgemeinen Regelung des Dienstvertrages im BGB. spezialisierte Vorschriften z. B. im HGB. 6. Abschnitt des ersten Buches unter der Ueberschrift Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge. Wenn nun das BGB. der Regelung des Dienstvertrages nur etwa 20 §§ widmet, so wird man nicht behaupten, dass diese Regelung gerade erschöpfend genannt werden kann.

Wie dem auch sei, uns interessiert hier der Dienstvertrag nur in subsidiärer Beziehung. Zurückkommen aber müssen wir nochmals auf den Unterschied zwischen den beiden „Arbeitsverträgen". Dieser Unterschied ist ein so gewaltiger, dass man nicht von einer engeren Zusammengehörigkeit der beiden Verträge sprechen kann. Es sei nur daran erinnert, dass beim Werkvertrage im Prinzip Unteilbarkeit der Leistung vorliegt (Ausnahme

[1]) cf. Lotmar, a. a. O. Bd. 1. S. 269.

§ 641 Abs. 1, Satz 2), während der Dienstvertrag regelmässig Teilbarkeit voraussetzt. Würden aber die beiden Verträge (irreführend ist vielleicht auch der Name Dienstmiete und Sachmiete) tatsächlich eng miteinander verbunden sein, so wäre garnicht einzusehen, weshalb die Haftung bei ihnen so verschieden gehandhabt würde. Wenn Krückmann[1]) den Unterschied zunächst in der „dauernden Unterworfenheit unter die Wünsche und Befehle des Dienstherrn und auf der anderen Seite in der freieren Stellung des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller sieht," wenn aber die Untersuchungen Krückmanns in dem Ergebnis gipfeln, dass sich ein begrifflicher Unterschied auf der grösseren oder geringeren Abhängigkeit des Arbeitnehmers oder Unternehmers nicht aufbauen lasse, so können wir dem durchaus zustimmen. Tatsächlich ist der Unterschied in der Gefahrtragung begründet.

Diese unterschiedliche Behandlung der Gefahrtragung liegt aber im Wesen des Werkvertrages. Der Grundgedanke ist der, dass ein Arbeitserfolg hervorgerufen oder erzielt werden soll Erst wenn der Unternehmer (Konduktor) die „Herstellung des versprochenen Werkes" bewirkt hat, „wird der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet". (§ 631 BGB.) Es kommt also im Gegensatz zum Dienstvertrag, der die Arbeit an sich oder die Dienste ohne Rücksicht auf den Erfolg vergütet, beim Werkvertrag lediglich auf den Arbeitserfolg, der durch die dem Besteller zur Verfügung gestellten Dienste erzielt wird oder werden soll, an. Das Arbeitsprodukt ist es, das erst dem Werkunternehmer einen Anspruch auf Vergütung gewährt, wohingegen beim Dienstvertrag der Anspruch bereits mit der erfolgten Dienstleistung ohne Rücksicht auf den Erfolg derselben erworben wird. Wir haben somit eine klare Scheidung der beiden Verträge. Die logische Folge kann aber nur die sein und sie ist sie auch, dass wenn der Unter-

[1]) a. a. O. Krückmann, S. 97, 98 ff. und 101 der Institutionen des BGB.

nehmer Erfolg in der Herstellung nicht hat, ihm auch kein Anspruch auf Vergütung gegeben ist.[1])

Die Gefahrtragung aus dem Werkvertrage ist also eine überaus strenge. Die Motive begründen diese unbedingte Haftung des Unternehmers damit, dass sie selbstverständlich und dem Wesen des Werkvertrages entsprechend und eigentümlich sei.[2]) Welche Schwierigkeiten daraus entspringen, wird später zu behandeln sein. Um uns aber in die dem Werkvertrage eigentümliche Gefahrtragung einzuführen, sei im folgenden auf Begriff und Auslegung des Wortes „Gefahr beim Werkvertrag" näher eingegangen.

---

§ 3.

Der Begriff der Gefahrtragung beim Werkvertrag.

„Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes". (Periculum est conductoris). Dieser Satz des § 644 kennzeichnet so recht in seinen wenigen Worten die überaus strenge Gefahrtragung, für die wir eine Milderung zu finden suchen. Der Fundamentalsatz, auf dem sich die ganze Gefahrtragung des Werkvertrages aufbaut, erleidet einige erleichternde Bestimmungen und Durchbrechungen des Prinzipes der strengen Gefahrtragung für den Werkunternehmer. Einmal im Falle des Annahmeverzuges seitens des Bestellers (§ 644 Abs. 1), weiter im Falle des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des vom Besteller gelieferten Stoffes, dann bei Versendung des Werkes auf Verlangen des Bestellers (§ 644 Abs. 2) und schliesslich im Falle des § 645, auf den wir später noch eingehen werden.

[1]) Riezler, a. a. O. S. 143.
[2]) Motive a. a. O. S. 495.

Alle diese Bestimmungen durchbrechen das Prinzip der strengen Gefahrtragung des Werkunternehmers in für diesen durchaus günstigem Sinne. Allerdings dürfen wir einzelnen Bestimmungen eine nicht allzu grosse Bedeutung beimessen, so insbesondere nicht dem Absatz 2 des § 644. Der sog. Versendungskauf (§ 447), der hier auf den Werkvertrag Anwendung finden soll, ist schon beim Kaufvertrag nicht allzu häufig. Beim Werkvertrag aber werden Bestimmungsort und Erfüllungsort noch häufiger die gleichen sein.[1]) Die Bestimmungen des Satzes 2 und 3 des § 644 Abs. 1 hingegen scheinen uns nur Folgerungen aus den für gegenseitige Verträge allgemein aufgestellten Grundsätzen des BGB. zu sein. So handelt es sich im Satz 2 um den Annahmeverzug des § 293 und im Satz 3 ist lediglich der Grundsatz, dass der Eigentümer die Gefahr trägt, noch einmal hervorgehoben, offenbar um etwaige Missverständnisse auszuschliessen. Von Bedeutung scheint uns für die vorliegende Frage lediglich die Bestimmung des § 645 zu sein. Der Gesetzgeber hat also in gewissen Fällen die Gefahrtragung dem Werkunternehmer erleichtern wollen. Trotz dieser besonderen Ausnahmebestimmungen bestehen aber weitgehende Meinungsverschiedenheiten.

Wir haben oben gesehen, dass es beim Werkvertrag auf die Schaffung eines Arbeitsproduktes ankommt. Von jeher hat nun ein erbitterter Streit um die Frage getobt, ob der Unternehmer auch dann die Gefahr trägt, wenn das von seiner Seite mit bestem Bestreben auf einen Arbeitserfolg gerichtete Werk durch irgend ein Ereignis zu Grunde geht oder verschlechtert wird. Es ist aber die Ansicht Ecks[2]) unbestritten, Gefahrtragung bedeute hier soviel, dass der Unternehmer soweit seine Leistung vor der Abnahme des Werkes unmöglich wird, seinen Anspruch auf die Gegenleistung verliere. Es bleibt aber die Frage offen, ob der Unternehmer auch dann die Gefahr trägt, wenn die Ausführung des Werkes durch das schädigende Ereignis nicht unmöglich geworden ist. Bei

[1]) Jahnke. a. a. O. S. 50.
[2]) Eck, a. a. O. Bd. 1. S. 525.

der Kodifikation des BGB. hat man es absichtlich unterlassen, die Frage der Gefahrtragung des Werkunternehmers im Falle der zufälligen Zerstörung vor der Abnahme des Werkes gesetzlich zu regeln. Die Motive[1]) begründen diese Ansicht damit, dass eine einheitliche gesetzliche Entscheidung aus dem Grunde nicht getroffen werden könne, weil die einzelnen Fälle zu verschieden geartet seien. Wir sind also in dieser Frage nicht weiter als im G.R. gekommen. Das G.R. hat in Anlehnung an das R.R. den Zufall in vis maior und niederen Zufall geteilt.

Das BGB. ist dieser Zweiteilung gefolgt, was sich daraus ergibt, dass es an verschiedenen Stellen die vis maior als besondere Art des Zufalls hervorhebt (z. B. §§ 203 Abs. 2 und 701 Abs. 1). Leider aber hat uns das BGB. keine Definition der verschiedenen Arten des Zufalls gegeben. Sicher aber ist das eine, dass „der Zufall in Ansehung der Verbindlichkeit da beginnt, wo die Haftung des Schuldners aufhört".[2]) Wenn wir also keine Definition des Begriffs „Zufall" haben, so musste sich aus dem Streit der Meinungsverschiedenheiten eine Ansicht herausbilden. Diese herrschende Meinung versteht nun unter dem „Zufall" ein einen Schaden verursachendes Ereignis, das ohne ein Verschulden des Schuldners eintritt. Es soll hier nicht näher auf die vornehmlich von Goldschmidt vertretene subjektive noch auf die von Exner vertretene objektive Theorie eingegangen werden. Dieser Streit hat lediglich im G.R. eine Rolle spielen können, weil in dem G.R. die Frage Schwierigkeit bereitet hat, wer die Gefahr trägt. Zwar hat auch damals bei weitem die Meinung derer überwogen, die nur den Unternehmer die Gefahr tragen lassen. Aber offen ausgesprochen hat diesen Satz erst das BGB. in § 644 mit den Worten: der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme. Wenn also heute durch diese klare Normierung unzweideutig feststeht und jeder Zweifel ausgeschlossen wird, wer die Gefahr trägt, so besteht nach

---

[1]) Motive a. a. O. S. 498.
[2]) Motive a. a. O. § 237 Abs. 2.

wie vor Streit darüber, wieweit, d. h. nicht bis zu welchem Augenblick, sondern bis zu welchem Grade der die Gefahr tragende, der Unternehmer also, haften muss.

Die Frage des Zeitpunktes des Gefahrübergangs ist zwar durch die Worte „trägt die Gefahr bis zur Abnahme" im BGB. geklärt. Schwierigkeit in der Auslegung verursacht nur das Wort „Abnahme". Es soll daher kurz auf diese in der gemeinrechtlichen Literatur oft behandelten Frage eingegangen werden. Einmal sieht man in strenger Anlehnung an den Wortlaut des Gesetzes als entscheidend die Approbation durch den Besteller an, andere wollen nur die Vollendung des Werkes als den entscheidenden Zeitpunkt betrachtet wissen. Die dritte Ansicht, die dem Unternehmer auch dann, „wenn das Werk vor seiner Vollendung zu Grunde gegangen ist, für den in vertragsmässiger Beschaffenheit hergestellten Teil desselben eine verhältnismässige Vergütung gewähren wollen", würde fast eine Umkehrung des heute geltenden Satzes „der Unternehmer trägt die Gefahr" bedeuten. „Diese drei Theorien", so führt Böninger[1]) aus, „haben das Gemeinsame, dass sie Grundsätze vertreten und zwischen solchen vermitteln, die aus verschiedenen juristischen Prinzipien hervorgegangen, sich gleichsam von selbst aus der Natur der Sache ergeben". Heute wird allgemein als herrschende Meinung angenommen, dass unter dem Zeitpunkt des Gefahrüberganges, also der Abnahme, die Annahme als Erfüllung gemeint sei. Gegen diese Ansicht wendet sich zwar unter anderen Titze,[2]) der die Abnahme in dem Sinne der Uebergabe aufgefasst wissen will, in lichtvollen Ausführungen; wir wollen uns jedoch der überwiegenden Ansicht anschliessen.

Ist also die Frage des Zeitpunktes des Gefahrüberganges geklärt, so hat sich andererseits eine Uebereinstimmung über die Tragweite der Worte „der Unternehmer trägt die Gefahr" noch nicht finden lassen. Um uns in dieser Frage gleich in medias res zu führen, sei zuerst

---

[1]) Böninger, a. a. O. S. 22.
[2]) Titze, a. a. O. S. 299.

auf die von Oertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 24 vertretene Sphärentheorie eingegangen. Nach ihr sollen alle in der Sphäre des Unternehmers eintretenden Unfälle auf dessen Gefahr, alle in der Sphäre des Bestellers sich ereignenden dagegen auf Gefahr des Bestellers gehen. Diese Theorie hat manchen Anhänger, aber auch viel Gegner auf den Plan gerufen. Ohne Zweifel stellte sie die glücklichste Lösung dar, wenn sie nicht eine sehr verwundbare Stelle hätte. Es gibt nämlich Fälle, in denen man garnicht feststellen kann, welcher von beiden Sphären das den Untergang oder die Beschädigung verursachende Ereignis angehört. Nehmen wir z. B. an, beim Bau der neuen Untergrundbahn in der Berliner Friedrichstrasse dringen plötzlich in den unterirdischen Baukanal von der Spree her Wassermassen ein. Irgend ein Verschulden des Unternehmers lässt sich nicht nachweisen, die Wände waren so stark und fest abgedichtet, dass nach menschlichem Ermessen ein solches Ereignis ausgeschlossen erschien. In wessen Sphäre liegt hier die Gefahr? Oertmann glaubt diesen Zufall im Zweifel der Sphäre des Unternehmers zuschieben zu müssen. Ob dies Ergebnis befriedigend genannt werden kann, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls aber ergibt sich aus diesem Beispiel, zu welchen Härten es führen kann, dass der Fall des vis maior im Werkvertrag keine Berücksichtigung gefunden hat. Diese Theorie Oertmanns findet neben anderen auch den Beifall Rümelins[1]). Ob sie sich aber mit Erfolg verwenden lassen wird, bleibt fraglich. Wenn Oertmann heute in seinem Kommentar[2]) zwischen der Gefahr einer Unmöglichkeit der Herstellung und der Gefahr des vollendeten Werkes unterscheidet, so scheint uns diese Unterscheidung die weitaus glücklichere und grösseren Erfolg für unsere Arbeit versprechende.

Bevor wir jedoch auf die von Oertmann in seinem Kommentar vertretene Ansicht näher eingehen, wollen wir zunächst die Meinungen anderer Schriftsteller über die Gefahrtragung hören. Sollen die Worte „der Unter-

[1]) Rümelin a. a. O. S. 127 ff.
[2]) Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 1.

nehmer trägt die Gefahr" soviel bedeuten, dass er jede Gefahr zu vertreten hat? Was heisst überhaupt Gefahr und welche Gedanken und Vorstellungen erweckt dies Wort in uns?

In der hanseatischen Rechtszeitschrift schreibt Wüstendörfer[1]) darüber folgendes: „Sinn und Tragweite dieser gesetzlichen Gefahrtragung sind freilich nicht unstreitig klar. Es vermischen sich in dem Begriff „Gefahr" leicht verschiedene Vorstellungen; das Wort ist mehrdeutig, und verschieden ist sein Sinn in den einzelnen durch das Gesetzbuch vertretenen Vorschriften, ohne dass deren Verfasser sich stets ausreichend bewusst waren, begrifflich auf schwankendem Boden zu stehen." Man mag diese Kritik scharf finden, aber eine gewisse Berechtigung vermögen wir ihr nicht abzusprechen. — Was heisst hier überhaupt Gefahr? Nach Lotmar[2]) soll darunter verstanden werden, dass, „wenn der Vertrag durch einen Zufall vor Erbringung des Arbeitsergebnisses geendigt wird, der Unternehmer keinerlei Recht auf den für dieses Ergebnis bestimmten Lohn hat, dass daher etwa vorausgezahlter zurückzuerstatten ist". Lotmar nennt diese Gefahrtragung die „hauptsächliche"; wir können dieser Ansicht nur voll zustimmen. Daneben bleibt aber, wenn der bisherige Arbeitserfolg vernichtet wird, das Arbeitsverhältnis bestehen und damit auch die Gefahr für dies neue Werk.[3]) In ähnlicher Weise äussert sich Dochnahl zum Gefahrenbegriff des Werkvertrages. Durchaus zutreffend führt er[4]) aus, dass man, sobald man von Gefahr beim Werkvertrag spricht, in erster Linie an die Lohnfrage denkt, d. h. ob der Unternehmer in diesem oder jenem Falle seine Vergütung bekommt. Aber neben dieser sog. Vergütungsgefahr taucht der eigentümlichen Struktur des Werkvertrages entsprechend im Hintergrund eine andere Gefahrtragung nämlich in dem Sinne auf, ob der Unternehmer verpflichtet und be-

---

[1]) Wüstendörfer, a. a. O. S. 334.
[2]) Lotmar Bd. 2 a. a. O. S. 596.
[3]) Lotmar Bd. 2 S. 589.
[4]) Dochnahl, a. a. O. S. 243.

rechtigt ist, das durch einen Zufall beschädigte oder untergegangene Werk wieder herzustellen, natürlich unter der Voraussetzung, dass der eingetretene Zufall die Wiederherstellung nicht unmöglich gemacht hat.[1]) Diese Doppelerscheinung der Gefahrtragung ist es, die immer wieder zu neuem Streit herausfordert. In neuerer Zeit hat sich Wüstendörfer[2]) mit dieser Frage eingehend beschäftigt und die doppelte Auswirkung der Vergütungsgefahr und der Leistungsgefahr untersucht. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Vergütungsgefahr das primäre ist. Nur für erfolgreiche Werkherstellung, nur für das fertige Arbeitsprodukt steht dem Unternehmer der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung zu. Ist dieser Erfolg nicht erreicht, so ist auch kein Lohnanspruch gegeben. Bleibt aber die Ausführung des begonnenen oder schon einmal vollendeten Werkes nach dem schädigenden oder zerstörenden Zufall noch möglich, so muss der Unternehmer eine Neuherstellung vornehmen.[3]) Die Gefahrtragung des Unternehmers zeigt sich also zunächst in dem Mangel eines Entgeltes für die vom Unternehmer zwecks Neuherstellung geleistete Mehrarbeit (so auch Wüstendörfer S. 335). Dass der Unternehmer die sog. Vergütungsgefahr beim Werkvertrag unter allen Umständen zu tragen hat, darüber besteht kein Zweifel. Wie verhält es sich nun mit der Leistungsgefahr? Es ist ohne Zweifel für den Unternehmer hart, den vereinbarten Lohn für seine geleistete, aber durch Zufall vernichtete Arbeit nicht zu erhalten. Aber diese Regelung entspricht dem Wesen des auf einen Arbeitserfolg gerichteten Werkvertrages und ist ihm eigentümlich. Eine rigorose Massnahme aber möchten wir es nennen, den Unternehmer im Falle der Möglichkeit der Neuherstellung auch noch neben der Einbusse des Lohnes zur Neuherstellung bis zur erfolgreichen Endleistung zu verpflichten und ihn erst dann vom Vertrage zu entbinden. Eine gesetzliche Bestim-

---

[1]) Dochnahl, a. a. O. S. 282.
[2]) Wüstendörfer, a. a. O. S. 334/35.
[3]) vgl. das Beispiel bei Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 1 b.: Das zusammengestürzte Baugerüst.

mung, die den Unternehmer zur Wiederherstellung im Falle des zufälligen Unterganges des Werkes anhält, suchen wir vergebens. Für die Verpflichtung zur erneuten Leistung spricht das Wesen des Werkvertrages, das den Vertrag erst mit der durch Vorleistung des Unternehmers erfolgten Werkherstellung beendet sein lässt. Gegen die Verpflichtung wären einmal die Motive[1]) anzuführen, die es dahingestellt bleiben lassen, ob eine solche Verpflichtung besteht oder nicht, und zum anderen allgemein rechtspolitische Bedenken.

Bei dieser unsicheren Rechtslage ist es leicht verständlich, dass eine überaus grosse Meinungsverschiedenheit in der Auslegung des Begriffs „Gefahrtragung beim Werkvertrag" beteht, und es ist erklärlich, dass sich in Literatur und Praxis die verschiedensten Auffassungen darüber finden.

Besonders eingehend hat sich Rümelin mit dieser Frage befasst.[2]) Er will darunter vor allem die Gefahr der Unternehmung verstanden wissen, daneben aber auch die Gefahr, die „durch von aussen einwirkende Kräfte bedingt sind sowie die Gefahren, welche mit der Person des Arbeitgebers zusammenhängen". Dahingegen sieht er die Gefahren, welche in der Person des Unternehmers ihren Anlass und Grund haben, z. B. den Tod des Arbeitnehmers, als Gefahren der Arbeitskraft an. Ausserdem unterscheidet er noch die Gefahr der hergestellten Sache. Diese Einteilung des Gefahrenbegriffs in verschiedene Gefahrarten stellt eine Neuerweckung der von Oertmann aufgestellten und später von ihm verlassenen Sphärentheorie dar. Ueber die mancherlei Vorzüge einer solchen Unterscheidung, aber auch über den einen nicht wegzuleugnenden Mangel haben wir bereits oben gesprochen. Oertmann begrüsst in seinem Kommentar[3]) diesen Versuch Rümelins als eine „durchaus gerechtfertigte Unterscheidung", für die aber

---

[1]) Motive a. a. O. S. 498.
[2]) Rümelin, a. a. O. S. 76 ff.
[3]) Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 3 b.

aus dem Text des Gesetzes sich nicht genügend Anhalt biete.

Anders versucht Stern[1]) den Begriff der Gefahrtragung zu erklären. Zunächst nennt er die Einteilung Rümelins wenig glücklich und führt weiter nicht mit Unrecht aus, dass ein Teil dieser von Rümelin angenommenen Gefahren sich decken, so sei z. B. die Gefahr der Unternehmung in der Gefahr der Arbeitskraft enthalten. Auch wir können uns dieser Ansicht nicht verschliessen. Denn dass der Unternehmer seine Arbeitskraft in den Dienst des von ihm übernommenen Werkes, also seiner Unternehmung, stellt, kann füglich nicht bestritten werden. In den weiteren Ausführungen stellt Stern mit verdienstvollem Geschick die verschiedenen von Oertmann, Dochnahl, Riezler u. a. aufgestellten Abgrenzungen des Gefahrenbegriffs einander gegenüber und untersucht sie auf ihre Anwendbarkeit. Wenn aber Stern glaubt,[2]) dass in § 644 unter „Gefahr" lediglich die Gefahr der Unmöglichkeit gemeint sei, so können wir dem nicht beitreten. Was soll in all den Fällen geschehen, in denen, wie Stern S. 111 selbst zutreffend ausführt, das noch nicht vollendete Werk von einem Schaden getroffen wird, der eine Unmöglichkeit der Herstellung nicht begründet? Die von Stern auf Seite 112 vorgeschlagene Dreiteilung können wir jedenfalls nicht gutheissen. Danach sollen folgende Möglichkeiten unterschieden werden:

1. Das Werk geht unter oder wird verschlechtert, ohne dass Unmöglichkeit eintritt.
2. Es wird von einem Schaden betroffen, der Unmöglichkeit der Ausführung zur Folge hat.
3. Es tritt Unmöglichkeit ein, ohne dass das Werk von einem Schaden betroffen wird

Gegen die erste und zweite Unterscheidung haben wir keine Bedenken, dagegen scheint uns die dritte eine künstliche Schwierigkeit zu schaffen. Das von Stern als Beweis dafür angeführte Beispiel des polizeilichen Verbotes einer Bauausführung ist nicht stichhaltig, da dieser

[1]) Stern a. a. O. S. 110.
[2]) Stern a. a. O. S. 116.

Fall sich ebenso unter die Unterscheidung Nr. 2 einordnen lässt. Welcher Art das schädigende Ereignis ist, kann gleichgültig sein. Es kommt doch lediglich auf die Wirkung an, die das Ereignis auf das Werk ausübt, nicht aber auf ihre Entstehung. Dies stellt Stern auf Seite 110 selbst fest. Im übrigen scheint es uns falsch, von einem Bauverbot zu sprechen. Bevor der Bauherr mit der Herstellung beginnt, muss eine baupolizeiliche Genehmigung vorliegen. Solange aber die Baupolizeibehörde eine solche nicht erteilt, solange ist die Ausführung des Baues unmöglich. Wird aber trotzdem mit der Arbeit begonnen, so ist die Polizei befugt, die Fortführung zu untersagen und gegebenenfalls die Weiterarbeit zu hindern. Es kann somit keinem Zweifel unterliegen, dass das Versagen einer derartigen Genehmigung oder sogar das Verbot eine Unmöglichkeit der Werkherstellung zur Folge haben können.

Aus allen diesen eben besprochenen Ansichten geht unseres Erachtens zur Genüge die grosse Unsicherheit in der Frage der Gefahrtragung beim Werkvertrage hervor. Wenn Mayer[1]) zu dem Resultat kommt, dass der Satz „der Unternehmer trägt die Gefahr" nicht so zu verstehen sei, als ob er alle Gefahr zu tragen habe, so können wir diesen Standpunkt durchaus teilen. Aber mit dieser Feststellung ist eigentlich nichts erreicht. Denn man sieht sich nur von neuem vor die Frage gestellt, welche Gefahr hat denn nun der Unternehmer zu tragen, die Vergütungsgefahr oder die Leistungsgefahr oder sogar beide zusammen.

Das Ergebnis der angestellten Betrachtungen mag somit recht unbefriedigend erscheinen. Nach Lage der Dinge muss es auch als ausgeschlossen gelten, jemals einen alle Meinungsverschiedenheiten überbrückenden Weg zu finden, solange uns der Gesetzgeber nicht selbst sagt, welche Stellung er dazu einzunehmen gedenkt. Die Begründung, die er uns in den Motiven (S. 498) für die Gefahrtragung des Unternehmers gibt, hat sich schon Oertmann in seiner Abhandlung über den Zufall bei der

[1]) Mayer, a. a. O. S. 52.

Werkverdingung gescheut, sie euphemistisch zu nennen. Es ergibt sich aber aus den vorangegangenen Ausführungen, wie ernstlich die Wissenschaft bestrebt gewesen ist, eine erkannte ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzgebers und dadurch hervorgerufene ungewöhnliche Härte nach Möglichkeit zu beseitigen und dem Rechtsempfinden anzupassen.

Die im folgenden anzustellenden weiteren Untersuchungen werden zeigen, ob der von uns vorzuschlagende Weg gangbar ist und einen gewissen Ausgleich darzustellen verspricht. Es kann nach unserer Ansicht nicht zu einem Erfolg führen, ob wir zwischen einer Gefahr der Unternehmung der Zeit oder sonstigen Gefahrsarten unterscheiden. Sie alle beschäftigen sich in der Hauptsache mit der feststehenden Tatsache, dass bei erfolgloser Werkherstellung der Unternehmer des Anspruches auf Vergütung verlustig geht. Mehr oder weniger unberührt aber bleibt stets die Frage, wann und in welchem Umfange ist der Unternehmer zur Neuherstellung verpflichtet. Für diese Frage glauben wir mit grösserem Erfolg der schon oben erwähnten von Oertmann in seinem Kommentar vertretenen Ansicht uns anschliessen zu können. Die Unterscheidung zwischen einer Gefahr der Unmöglichkeit der Herstellung und einer Gefahr des vollendeten Werkes scheint uns von allen aufgestellten und vertretenen Gefahrabgrenzungen die beste. Dass es sich in § 644 nicht nur um die Gefahr des vollendeten Werkes handelt, sondern dass auch die Unmöglichkeit miteingeschlossen ist, geht unseres Erachtens klar aus dem § 645 hervor, in dem die Unausführbarkeit des Werkes ausdrücklich als ein besonderer Fall der Gefahrtragung erwähnt wird.[1]) Wir können also dieser Einteilung Oertmanns nur beistimmend folgen. Oertmann geht offenbar[2]) bei dieser Unterscheidung von dem Gedanken aus, dass es rechtspolitisch unhaltbar sei, den Unternehmer für jede Gefahr einstehen zu lassen, und dass es nicht mehr als recht und

[1]) Mayer, a. a. O. S. 22.
[2]) Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 1.

billig sei, die Gefahrtragung des Unternehmers abzuschwächen. Die Ansicht Oertmanns scheint uns umso wertvoller, als sie erst in neuester Zeit eine kraftvolle Bestätigung in dem Werk Wüstendörfers gefunden hat.[1]) Wir glauben allerdings mit Wüstendörfer, dass es sich bei der von Oertmann vorgenommenen Unterscheidung zwischen einer Gefahr der Unmöglichkeit und einer Gefahr des vollendeten Werkes lediglich um eine ungenaue Ausdrucksweise handelt. Zu eng scheint uns diese von Oertmann getroffene Unterscheidung der „Gefahr des vollendeten Werkes". Dies weist schon Stern (S. 111) nach. Was soll mit dem begonnenen und vor Vollendung zufällig zerstörten oder beschädigten Werk geschehen? Es geht unseres Erachtens nicht an, nach erfolgtem zufälligem Untergang ein vollendetes Werk ebenso zu behandeln wie ein begonnenes oder teilweise hergestelltes. Wir möchten hier zwischen einer Gefahr des vollendeten Werkes und einer Gefahr des begonnenen Werkes unterscheiden. Dass eine solche Abgrenzung nicht gegen das Gesetz verstösst, glauben wir aus dem § 645 entnehmen zu können. Denn es geht daraus nicht hervor, dass das infolge mangelhafter Stofflieferung usw. vor der Abnahme untergegangene oder verschlechterte Werk ein bereits fertig gestelltes war oder sein musste. Ob diese von uns vorgenommene Unterscheidung uns zum Ziele führen wird, werden wir später sehen. Zunächst soll von der feststehenden Regelung der Unmöglichkeit der Werkherstellung, also der Gefahr der Unmöglichkeit der Herstellung, ausgegangen werden.

§ 4.

Pflicht und Recht zur Wiederherstellung bei eingetretener Unmöglichkeit.

Der Gesetzgeber hat es dem Juristen nicht leicht gemacht, wenn er die Unmöglichkeit an verschiedenen

[1]) Wüstendörfer a. a. O. S. 335.

Stellen im Gesetzbuch einer Regelung unterwirft. Mit vollem Recht hat daher Kipp in seinem Gutachten zum 27. Deutschen Juristentage[1]) gesagt, dass „der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht die glückliche Hand gehabt habe, die dazu gehört, seine Ansichten klar und sicher zum Ausdruck zu bringen und alles in gehörigen Einklang zu bringen".

Wollte man dem auch zustimmen, so darf man doch andererseits nicht verkennen, dass die im Gesetz getroffene Regelung alle vorkommenden Fälle einer eintretenden Unmöglichkeit zu erfassen gestattet. So ergeben sich auch beim Werkvertrag keine besonderen Schwierigkeiten.

Wir haben oben bereits betont, dass das BGB. einmal eine Feststellung in der Person des die Gefahr tragenden getroffen hat und zum anderen den Zeitpunkt des Gefahrüberganges fest umrissen hat. Es hat uns auch in § 644 Abs. 1 Satz 3 klare Bestimmungen über den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes gegeben und diese Vorschriften durch den § 645 noch weiter ergänzt. Wie aber soll entschieden werden, wenn ein Zufall in der Werkherstellung eintritt, der nicht seinen Grund in dem vom Besteller gelieferten Stoffe hat, sondern durch irgend welche äusseren Einflüsse hervorgerufen hemmend auf das Werk wirkt? Vergebens suchen wir im BGB. nach Sondervorschriften, die einen derartigen Zufall beim Werkvertrag berücksichtigen. Wenn sich aber ein solcher Zufall ereignet, so kann er zwei Wirkungen haben: er kann einmal die Herstellung des Werkes überhaupt unmöglich machen, oder er kann die Herstellung nur zur Zeit hemmend beeinflussen, ohne eine Unmöglichkeit der Ausführung zur Folge zu haben.

Bevor wir jedoch uns mit dieser letzteren Frage beschäftigen, sei zunächst auf den Fall eingegangen, der durch das Eintreten eines Zufalls eine Unmöglichkeit der Leistung zur Folge hat. Zwar gibt auch hier das Gesetz keine Sonderbestimmungen unter dem Abschnitt des

[1]) Verhandlungen d. deutschen Juristentages. Bd. 1 S. 287.

Werkvertrages. Aber wir können in diesem Falle auf die allgemeinen Bestimmungen über eine eintretende Unmöglichkeit zurückgreifen.

Zuvor aber sei betont, dass es von Bedeutung ist, ob das Werk vor der Abnahme oder nach erfolgter Abnahme unmöglich wird. In beiden Fällen bewirkt zwar das zufällige Ereignis, dass eine Wiederherstellung völlig unmöglich ist. Geht aber das Werk erst nach erfolgter Abnahme zugrunde, so endet die Gefahrtragung des Unternehmers. Denn die Gefahr, die er zu vertreten hat, reicht nur bis zu dem Moment der Abnahme. Eine Pflicht zur Neuausführung, ob möglich oder unmöglich, kann ihn nach Abnahme nicht mehr treffen. Anders im Falle des Unterganges vor der Abnahme. Zwar ist auch hier keine Wiederherstellungspflicht gegeben, aber aus anderen Gründen. In einem solchen Falle kommen die allgemeinen Vorschriften über eintretende Unmöglichkeit zur Anwendung. Ausscheiden aber müssen von vornherein die Fälle, die eine Unmöglichkeit infolge schuldhaften Verhaltens hervorrufen. Denn „der Zufall beginnt da, wo die Haftung des Schuldners aufhört". Unsere Aufgabe wird es sein, die Wirkung der Unmöglichkeit auf gegenseitige Verträge §§ 323 ff., zu denen der Werkvertrag ja gehört zu betrachten. § 323 Abs. 1 lautet:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung".

Erst nach Anwendung der besonderen Normen aus den §§ 323 ff. kann hinter ihnen auch auf die allgemeinen Vorschriften zurückgegriffen werden.[1])

Das Eintreten eines die Werkherstellung schädigenden Zufalles kann nun die Ausführbarkeit des Werkes vor oder nach Vollendung hindern, ja auch ehe es überhaupt begonnen wurde.[2])

[1]) So auch Oertmann, Kommentar Vorb. zu §§ 320 ff. Ziffer 4 p und herrschende Meinung.

[2]) z. B. der Schneider übernimmt Anfertigung eines Anzuges, stirbt aber kurz nach Annahme der Bestellung.

Wie die Rechtslage im Falle der nach Vollendung und Abnahme eintretenden Unmöglichkeit ist, haben wir bereits dargestellt. Betrachten wir jetzt den Fall der schon zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses bestehenden Unmöglichkeit.

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig" heisst es in § 306 BGB. (Entwurf zum BGB. § 344). Dieser Satz — im R.R. schon bekannt unter der Bezeichnung impossibilium nulla est obligatio — folgt eigentlich aus der Natur der Sache, wie Oertmann treffend bemerkt.[1]) Es handelt sich hier um eine Unmöglichkeit, die schon zur Zeit des Eingehens des Vertrages besteht[2]) und die eine objektive Unmöglichkeit darstellt. Ein Vertrag, der auf eine unmögliche Leistung, z. B. auf Erbauung und Lieferung einer Eisenbahnmaschine innerhalb von drei Tagen gerichtet ist, muss nichtig sein, weil seine Ausführung unmöglich erscheint und daher seine etwaige rechtsgültige Bindung jedem Rechtsempfinden Hohn sprechen müsste. Der § 306 bedeutet insofern eine wichtige Ergänzung der in den §§ 134, 138 und 826 BGB. gegebenen Vorschriften.

Wie ist nun die Rechtslage, wenn der die Unmöglichkeit verursachende Umstand erst nach Eingehung des Schuldverhältnisses, aber vor dessen Beendigung eintritt? Zur Klärung dieser Frage scheint es ratsam, auf die Motive zurückzugreifen. Der Entwurf zum BGB. versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit.[3]) Diese vollständige Unmöglichkeit nennen wir den Zufall. Weder der Gläubiger (Besteller) kann nach § 324 noch der Schuldner (Unternehmer) nach § 325 dafür verantwortlich gemacht werden. Es liegt ein Ereignis vor, das weder Schuldner noch Gläubiger zu vertreten haben, und in einem solchen Falle kann nur § 323 zur Anwendung kommen. Der Gläubiger, der von sich aus alles zur Werkherstellung Erforderliche

---

[1]) Oertmann, Kommentar § 306 Nr. 1.
[2]) a. M. Krückmann gegen herrschende Meinung i. Arch. für civ. Praxis. Bd. 101.
[3]) Motive a. a. O. § 237 Satz 1.

getan hat, verliert nunmehr infolge des durch das zufällige Ereignis völlig zerstörten Werkes den Anspruch auf die Gegenleistung. Der Vertrag wird kraft Gesetzes gelöst. Wird die Leistung des Unternehmers aber nach Beginn der Herstellung nur teilweise unmöglich, so könnte der Schuldner gemäss den allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge Minderung nach § 323 verlangen. Aber nach dem Grundsatz lex specialis derogat generali kommt die gesamte Gegenleistung (Vergütung) gemäss § 644 in Wegfall. Tritt aber der Besteller ausdrücklich noch vom Vertrag zurück, so verzichtet er damit auf das Erfüllungsinteresse, behält dafür aber ein Rückforderungsrecht für das bereits von ihm an den Unternehmer Geleistete. Selbstverständlich muss der Werkmeister in solchem Falle den vom Besteller gelieferten Stoff diesem zurückerstatten. Sollte diese Rückgewährung infolge schuldhaften Verhaltens des Unternehmers nicht möglich sein, so muss er gemäss § 280 Abs. 1 dem Gläubiger (Besteller) den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden ersetzen. Es mag allerdings in dieser Regelung unter Umständen eine grosse Härte zu sehen sein. Aber nach den Vorschriften des Werkvertrages lässt sich für den Unternehmer die Lage nicht erträglicher gestalten, es sei denn, dass er aus § 812 ff. wegen ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Besteller vorgehen kann.

Fassen wir das Ergebnis der bisherigen Ausführungen zusammen, so stellen wir fest, dass im Falle eines von keinem der Beteiligten zu vertretenden Umstandes, der die Werkherstellung unmöglich macht, jeglicher Anspruch auf die Gegenleistung entfällt. Soll nun unter „Gegenleistung" nur die vereinbarte Vergütung oder auch die Leistung an sich, also die Wiederherstellung des zerstörten bezw. unmöglich gewordenen Werkes, verstanden sein? Diese Frage scheint uns leicht lösbar. Wenn schon infolge des zufälligen Ereignisses kein Anspruch auf eine Vergütung gegeben ist, weil eben objektive Unmöglichkeit vorliegt, so wäre es sinnlos, von dem Unternehmer Neuherstellung zu verlangen. Die Tatsache der objektiven Unmöglichkeit der Werkher-

stellung macht daher den Unternehmer von seiner Verpflichtung zur Leistung frei.

Diese hier vertretene Einteilung in anfängliche und nachträgliche Unmöglichkeit ist der herrschenden Lehre entnommen. Die erstere ist danach nur eine anfängliche und wird stets impossibilium nulla obligatio sein und sich nach den Regeln des § 306 einordnen. Die nachträgliche Unmöglichkeit hingegen bestimmt sich nach den §§ 275 ff. in Verb. mit § 323. Diese Auslegung der verschiedenen Unmöglichkeiten hat zwar den schärfsten Widerspruch Krückmanns[1]) hervorgerufen, der es im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht darauf ankommen lassen will, ob die Leistung im Augenblick des Vertragsschlusses unmöglich sei. Wir glauben jedoch von einem näheren Eingehen auf die Ansicht Krückmanns absehen zu können, weil, wie Krückmann selbst zugibt, bei Anwendung seiner Ansicht — danach soll ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung nur dann gerichtet sein, wenn diese Leistung bei und nach ihrer Fälligkeit unmöglich ist, und diese Unmöglichkeit in Umständen ihren Grund hat, die schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden haben (S. 107) — der § 308 BGB. „ganz gegenstandslos und überflüssig sein würde". (S. 111, 116).

Von der objektiven Unmöglichkeit unterscheiden wir die subjektive, auch Unvermögen genannt. Nach Planck-Siber[2]) liegt Unvermögen vor, wenn der geschuldete Erfolg, also das „Bekommen", zwar herbeigeführt werden kann, aber nicht durch die Person des Schuldners herbeigeführt werden kann. Wir wollen hier hervorheben, dass bei Verpflichtungen zu höchst persönlichen Leistungen, z. B. ein Maler hat ein bestimmtes Gemälde übernommen, verliert aber nach Entstehung des Schuldverhältnisses den Arm, kein Unvermögen vorliegt. Diese Ansicht ist herrschende Meinung, und schon

[1]) Krückmann, Arch. f. civ. Praxis. Bd. 101. S. 70—127, insbes. S. 107, 111, 116 und 125 ff.

[2]) Planck-Siber, Kommentar Bd. II,1, Vorb. zu §§ 275 III Nr. 2.

die Motive begründen sie mit den Worten: „ein subjektives Unvermögen liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die persönliche Leistung objektiv unmöglich geworden ist".[1]) In dem oben angeführten Beispiel muss also § 323 zur Anwendung gelangen, da ein Unvermögen garnicht vorliegt.[2]) Bei der Definition von Planck-Siber denkt man sofort an den § 267 „hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken". Planck-Siber setzt auch tatsächlich bei Unvermögen voraus, dass andere als der Schuldner zur Leistung nach § 267 fähig sind, dass aber der Schuldner selbst nicht in der Lage ist, die Tätigkeit eines leistungsfähigen Dritten in seinen Dienst zu stellen, also auch unfähig ist, durch einen Erfüllungsvertreter zu leisten.[3]) Da aber das Gesetz keine Bestimmungen darüber enthält, ob der Unternehmer verpflichtet ist, das übernommene Werk — im Gegensatz zum Dienstvertrag — in Person zu leisten, so wird diese Frage, den konkreten Umständen gemäss zu beurteilen sein.[4]) Jedenfalls ist es im Gesetz nicht verboten, das Werk durch einen Dritten ausführen zu lassen, und es muss daher dem Unternehmer im Zweifel gestattet sein, mit der Herstellung dritte Personen zu beauftragen.

Wie wirkt sich nun ein beim Unternehmer eintretendes Unvermögen aus? Hier hat sich das Gesetz auf einen anderen Standpunkt als der Entwurf und die Motive gestellt. Nach den Motiven sollte „ein solches subjektives Unvermögen weder als ein bei der Entstehung des Schuldverhältnisses vorhandenes noch als ein nachträglich eintretendes von Einfluss auf die Verbindlichkeit des Schuldners sein".[5]) Demgegenüber bestimmt das Gesetz in § 275 Abs. 2: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur

[1]) Motive a. a. O. § 237 Abs. 3.
[2]) vgl. Oertmann, Kommentar Vorb. zu § 275, 3 b. Abs. 3.
[3]) vgl. Planck-Siber, Kommentar II,1. § 275 III. Nr. 2a.
[4]) Motive § 567 Abs. 6 und vgl. Gierke Bd. III S. 693.
[5]) Motive a. a. O. § 237 Abs. 3.

Leistung gleich". Sollte also nach den Motiven der Schuldner bei Unvermögen von seiner Verpflichtung zur Leistung frei sein, dafür aber einen Anspruch auf die Gegenleistung behalten, so hat das BGB. ihn zwar ebenfalls von seiner Pflicht zur Leistung befreit, ihm aber auch gemäss § 323 Abs. 1 seinen Lohnanspruch genommen. Wir glauben diesen Standpunkt des BGB. voll teilen zu können, umsomehr als das BGB. in weiser Voraussicht eine wichtige Ausnahme zugelassen hat. Wenn nämlich der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt ist, so hat der Schuldner gemäss § 279, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, d. h. also objektiv noch möglich ist, sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Grosse Bedeutung hat aber diese Vorschrift für den Werkvertrag unseres Erachtens nicht, da fast regelmässig beim Werkvertrag die geschuldete Leistung eine Speziesschuld ist.

Eine Streitfrage über die etwaige Berechtigung des Unternehmers zur Wiederherstellung des untergegangenen objektiv unmöglichen Werkes gibt es ohne Zweifel nicht. Natürlich kann es keinem Werkmeister verwehrt werden, seine Arbeitskraft auf ein Werk zu verwenden, das schon einmal ohne Erfolg geendet ist und dessen Unmöglichkeit der Ausführung klar zu Tage tritt. Wenn der Unternehmer in solchem Fall trotz aller Misserfolge immer wieder nach gescheiterten Versuchen an die Herstellung herangeht, so kann er sicher keine Vergütung irgend welcher Art von dem Besteller verlangen. Der Vertrag zwischen Besteller und Unternehmer ist zudem, wie wir oben gesehen haben, nachdem sich die Unmöglichkeit herausgestellt hat, kraft Gesetzes gelöst. Es müsste ausserdem der Besteller, wenn überhaupt die Vorschriften des Werkvertrages zur Anwendung kommen sollten, dem Unternehmer stets wieder zu seinen Versuchen der Herstellung den Stoff liefern. Sollte aber der Unternehmer aus dem Grunde, weil das Gesetz keine Vorschriften über die Berechtigung der Neuherstellung gibt, zu seinem Tun veranlasst werden, so würde man allgemein sein wiederholtes Beginnen auf Herstellung

eines unmöglichen Werkes für die Tat eines nicht völlig zurechnungsfähigen Menschen halten müssen.

Es trifft also den Unternehmer bei eintretender Unmöglichkeit der Ausführung keine Pflicht zur Wiederherstellung. Wir haben allerdings das Moment der vis maior bisher nicht besonders erwähnt. Das G.R. (insbesondere Windscheid) durchbrach in diesem Falle die strenge Haftung des Unternehmers und gab ihm eine entsprechende Vergütung, wobei es von dem Gedanken ausging, dass es eine gewisse Billigkeit geradezu erfordere, den Werkmeister in diesem Falle zu entlasten. Aber das BGB. ist dieser Ansicht leider nicht gefolgt, nirgends finden wir eine Bestimmung, wie sich die Rechtslage für den Untenehmer bei Eintritt der höheren Gewalt gestaltet. Es bleibt also nichts anderes übrig als auch bei Vorliegen von vis maior die allgemeinen Grundsätze über Unmöglichkeit, die von keinem der Beteiligten zu vertreten ist, anzuwenden. Damit verliert aber der Unternehmer seinen Gegenanspruch. Diese Regelung mag vielleicht auf den ersten Blick etwas hart erscheinen. In Wirklichkeit aber entspricht sie einmal der Natur des Werkvertrages insofern, als der Unternehmer einen Arbeitserfolg zu zeitigen hat, zum anderen werden durch das Eintreten der vis maior Unternehmer wie Besteller gleich hart getroffen, der eine verliert den Anspruch auf seine Vergütung, der andere den durch höhere Gewalt zerstörten gelieferten Stoff sowie das vereinbarte Arbeitsprodukt.[1])

---

§ 5.

Die Wiederherstellungspflicht beim Werkvertrag.

Wie wir oben schon betonten, lässt sich die unbedingte Wiederherstellungspflicht des Unternehmers im

[1]) vgl. Rümelin, S. 127 ff.

Falle des zufälligen Unterganges oder der Veschlechterung nicht aus einer konkreten gesetzlichen Bestimmung herleiten. Damit ist aber nicht bewiesen, dass eine solche Pflicht dem Unternehmer überhaupt nicht zur Last gelegt werden kann. Wir sind daher auch nicht der Ansicht Cromes,[1]) dass das Problem der Gefahrtragung beim Werkvertrage einzig darin liege, wieweit die bedungene Vergütung für das zufällig zerstörte Werk zu entrichten sei, dass aber die evtl. Pflicht zur Neuherstellung lediglich Frage der Vertragsauslegung sei. Wenn wir aber in gewissem Sinne das Vorliegen einer Pflicht zur erneuten Leistung anerkennen, so glauben wir diese streng logische Folgerung aus der dem Wesen des Werkvertrages eigentümlichen Gefahrtragung ziehen zu müssen, die erst mit Erreichung des Erfolges den Vertrag beendigt sein lässt. Damit müsste eigentlich für den Juristen der Fall erledigt und ein weiteres Disputieren zwecklos sein. Aber es spielen in den Werkvertrag doch noch andere Momente und zwar hauptsächlich sozialer Art hinein, die eine derartige Auffassung nicht kritiklos hinzunehmen gestatten. So weist Oertmann[2]) darauf hin, dass man „nur dann den ganzen Vertrag durch Vernichtung des Werkes hinfällig werden lassen sollte, wenn dadurch entweder für den Werkmeister oder für den Besteller die Erfüllung seiner Vertragspflichten unmöglich gemacht oder wesentlich, dem konkreten Vertragsinteresse zuwider, erschwert sei". Diese Ansicht können wir aus vollster Ueberzeugung teilen. Man sollte meinen, dass diese Forderung ein einfaches Gebot der Gerechtigkeit sei und dass dadurch manche sozialen Härten beseitigt würden. Die gleiche Forderung hat Oertmann bereits in seiner Abhandlung in Grünhuts Zeitschrift[3]) vertreten, leider aber offenbar ohne Erfolg. Wir können es nur bedauern, dass diese Erwägungen Oertmanns keinen allgemeinen Anklang in der Wissenschaft

[1]) Crome, System d. deutsch. bürg. Rechtes. Bd. II.2. S. 696.
[2]) Oertmann, Kommentar § 644 Nr. 1 b.
[3]) Oertmann i. Grünhuts Zeitschrift a. a. O. S. 60.

und Praxis gefunden haben. Wenn aber Peil[1]) hervorhebt, dass die Pflicht zur Wiederherstellung nur eine ganz ausnahmsweise im Fall der Billigkeit sein könne, weil durch den Eintritt des casus das gegenseitige Schuldverhältnis gelöst würde, so dürfte diese Auffassung wie auch ihre Begründung irrig sein.

Nach § 640 ist der Besteller verpflichtet, das vertragsmässig hergestellte Werk abzunehmen. Die einzige logische Folgerung aus diesem Satz ist aber nur die, dass er ein nicht vertragsmässig hergestelltes Werk nicht abzunehmen verpflichtet ist. Nimmt der Besteller nicht ab, so wird er auch von der Verpflichtung zur Entrichtung des Entgeltes frei, da nach § 641 dieses „bei der Abnahme" zu entrichten ist. Will der Unternehmer den Besteller zur Abnahme veranlassen, so muss er versuchen, das ihm aufgegebene Werk „vertragsmässig" herzustellen. Diesen Erfolg kann er erreichen entweder durch Beseitigung der Mängel, die den „vertragsmässigen Zustand" beeinträchtigen oder, wenn diese Mängelbeseitigung sich als unmöglich herausstellt, durch Neuerrichtung des Werkes, für das er aber nur eine einmalige Vergütung beanspruchen kann. Es soll aber auch daran erinnert werden, dass es eine Reihe von Werkverträgen gibt, bei denen das Entgelt von vornherein mit Rücksicht auf die Gefahr höher bemessen wird. Gedacht ist z. B. an Reparaturen bei Uhren und an photographische Aufnahmen. Lassen wir uns ein Uhrglas oder Brillenglas einsetzen, so kommt es recht oft vor, dass ein oder mehrere Gläser zerspringen. Niemand aber denkt daran, diese zerstörten Gläser zu bezahlen. In Wirklichkeit ist jedoch in dem Preis des einen schliesslich gelieferten Glases ein Teil des Wertes der zersprungenen mitenthalten. Das Risiko bei derartigen Verträgen trägt also in der Tat nicht der Unternehmer allein. Auch bei Verträgen mit dem Berufsphotographen liegen die Verhältnisse ähnlich. Das erste Beispiel ist unseres Erachtens insbesondere ein Beweis dafür, dass bei Reparaturen irgend welcher Art der Unternehmer nicht eher von dem

[1]) Peil a. a. O. S. 74.

Vertrage entbunden wird, bis er die Reparatur vertragsmässig ausgeführt hat. In diesem Sinne nimmt hier die Allgemeinheit das Vorliegen einer Pflicht zur Wiederherstellung ohne Zweifel an. Das BGB. hat aber die Wiederherstellungspflicht nicht besonders berücksichtigt, und die Motive begründen dies damit, dass das Gesetz darüber, ob eine Verpflichtung zur Wiederherstellung bestehe oder nicht, eine allgemeine Entscheidung wegen der Verschiedenartigkeit der in Frage kommenden Fälle überhaupt nicht zulasse.[1]) Es wird dann auf die §§ 960, 963 und 964 des A.L.R. Bd. 1 11. Titel verwiesen. Der § 960 des A.L.R. hat allerdings in das BGB. keinen Eingang gefunden.[2]) Es war auch im A.L.R. also lediglich eine Vorschrift über den etwaigen Verlust der Vergütung bei mangelndem Erfolg in der Werkherstellung getroffen, nicht aber eine Bestimmung über die Wiederherstellung. Wir können daraus folgern, dass bereits das A.L.R. sich gescheut hat, dem Unternehmer vorbehaltslos die Pflicht zur Neuherstellung neben seinem Verlust der Vergütung aufzuerlegen. Wenn das BGB. im allgemeinen diesem Grundsatz des A.L.R. gefolgt ist, so sehen wir darin den Beweis, dass der Gesetzgeber keineswegs den Unternehmer in jedem Falle zur erneuten Leistung anhalten wollte. Mit Recht betont daher auch Oertmann,[3]) dass eine derartige Forderung „krass dem gerade für das BGB. an die Spitze gestellten Grundsatz von Treu und Glauben widerspräche". Diejenigen, die für unbedingte Pflicht zur Wiederherstellung eintreten, ziehen nun zur Stützung ihrer Ansicht nicht selten den § 633 heran, wo es heisst:

„Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert . . . aufheben oder mindern".

Und weiter heisst es in Abs. 2:

[1]) Motive a. a. O. S. 498.

[2]) § 960 A.L.R. lautet: „Wird das Werk selbst vor der zur Uebergabe bestimmten Zeit durch einen Zufall vernichtet oder unbrauchbar gemacht, so verliert der Werkmeister Arbeitslohn und Auslagen".

[3]) Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 1.

„Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen".

Das R.G. hat in E. 57/276 zu dieser Frage, ob der Besteller ein Recht habe, im Falle mangelhafter Erfüllung des Unternehmers Herstellung eines neuen, mangelfreien Werkes zu verlangen, Stellung genommen. Danach hat der Gesetzgeber in den §§ 633—635 die besonderen Rechte des Bestellers im Falle der Mangelhaftigkeit des hergestellten Werkes vollständig und ausschliesslich regeln wollen. Es stehen dem Besteller somit nur die dort angegebenen Mittel zur Verfügung, den Unternehmer zur Innehaltung des Vertrages zu zwingen, keinesfalls aber soll nach dieser Entscheidung dem Besteller das Recht gegeben sein, anstelle des mangelhaften Werkes Herstellung eines neuen mangelfreien zu verlangen. Diese Entscheidung hat Rümelin[1]) auf das schärfste angegriffen. Wir stimmen mit Rümelin überein, dass es in erster Linie darauf ankomme, ob die Ausführung noch möglich ist oder nicht. Es mag dahin gestellt bleiben, ob das R.G. die Erwägung dieser Frage in den Kreis seiner Betrachtungen ziehen musste. Unangebracht aber scheint uns der Einwand Rümelins gegen die Heranziehung des § 480 BGB. Nach der Ansicht des R.G. ist es durchaus richtig, zum Vergleich die Vorschriften über den Kauf heranzuziehen, nach denen der Käufer nur beim Gattungskauf (§ 480) das Recht habe, die Lieferung einer mangelfreien Sache anstelle der gelieferten mangelhaften zu verlangen. Rümelin gibt allerdings zu, dass in § 480 eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhaltes vorliege. „Aber diese Ausdrucksweise des Gesetzes", sagt er, „ist zu beanstanden". Wir sehen nicht ein, weshalb man gegen eine solche klare Bestimmung des Gesetzgebers Sturm laufen muss, wo das Gesetzbuch doch an anderen Stellen wirkliche Streitfragen aufweist. Hier wollte doch der Gesetzgeber Zweifel ausschliessen, weshalb nun neue Schwierigkeiten! Dass es sich beim Werkvertrag im allgemeinen stets um eine Speziesschuld handelt,

[1]) Rümelin, a. a. O. S. 77 ff.

wird man nicht bezweifeln, folglich lässt der § 480 eine Anwendung auf den Werkvertrag nicht zu. Dass im übrigen fast die meisten Vorschriften des Kaufes auf den Werkvertrag Anwendung finden, ist eine bekannte Tatsache. Es sei nur daran erinnert, dass z. B. die Gefahrtragung des § 644 der des § 446, die Abnahmepflicht des § 640 der des § 433 Abs. *2* entspricht, wobei nicht unerwähnt bleiben soll, dass auch die gesamte Mängelhaftung des Werkvertrages aus den Vorschriften über den Kauf übernommen ist.[1])

Wir glauben aber auch aus anderen Gründen der Ansicht des R.G. beitreten zu können. In § 633 Abs. *2* ist dem Besteller ein Anspruch auf Beseitigung des Mangels zwar gegeben. Aber es heisst dann weiter „der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert".

Es kann dahingestellt bleiben, ob in der Entscheidung des R.G. der Tatbestand derartig gelegen gewesen ist. Es soll auch nicht bestritten werden, dass der Schuldner zwar durch Unmöglichkeit der Leistung, nicht aber durch vergebliche Bemühungen in der Richtung der Leistung befreit werde,[2]) aber durch das in § 633 Abs. *2* ausgesprochene Recht zur Verweigerung der Mängelbeseitigung ist zum mindesten die Leistungspflicht des Schuldners nicht unbeträchtlich eingeschränkt. Wollte aber der Gesetzgeber den Unternehmer zur unbedingten Wiederherstellung verpflichtet halten, so hätte er dem Unternehmer nicht das in § 633 Abs. *2* gewährte Verweigerungsrecht gegeben. Es sei ausserdem auch noch auf den Schluss des § 639 verwiesen, wonach der Unternehmer selbst nach erfolgter Inangriffnahme der Mängelbeseitigung die Fortsetzung derselben verweigern darf.

Unseres Erachtens lässt sich somit aus den §§ 633 bis 635 eine Pflicht zur Wiederherstellung nicht herleiten. Auch Lotmar vertritt die gleiche Ansicht:[3]) „Da

---

[1]) vgl. Endemann, a. a. O. Bd. I., 2. S. 1099 Anm. 7.
[2]) Rümelin a. a. O. S. 79.
[3]) Lotmar, a. a. O. Bd. 2. S. 670.

das Gesetz bei Mangelhaftigkeit des vollbrachten Werkes dem Besteller nur die in den §§ 633—635 besprochenen Rechte gewährt, so versagt es ihm den Anspruch auf integrale Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes, auch wo solche möglich ist". Auch Emerich[1]) erklärt sich gegen das Vorliegen einer Pflicht zur Wiederherstellung, selbst wenn sie noch möglich ist. Im Prinzip erkennt desgleichen Goldmann-Lilienthal[2]) nur eine einmalige Verpflichtung des Unternehmers zur Leistung an, doch „könne nach den Umständen des einzelnen Falles ein anderes als vereinbart anzusehen sein".

Aehnlich wie in dem zitierten Urteil des R.G. wird von dem O.L.G. Marienwerder[3]) dem Besteller das Recht abgesprochen, unter Zurückweisung des hergestellten mangelhaften Werkes die Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes zu verlangen. Das Urteil kennt dem Besteller wohl einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels gemäss § 633 Abs. 2 Satz 1 zu, desgleichen kann der Besteller wandeln oder mindern oder er kann auch, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäss § 635 verlangen. Aber er hat nicht das Recht, von dem Unternehmer anstatt der gelieferten mangelhaften Sache die Neuherstellung einer mangelfreien zu verlangen. Trotz dieser oben zitierten Meinungen und Entscheidungen kann aber nicht verkannt werden, dass beim Werkvertrag dem Unternehmer eine besondere Gewährleistungspflicht für Sachmängel bei allen auf ein körperliches Erzeugnis gerichteten Werkverträgen obliegt.[4])

Die Worte „der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme" sind unseres Erachtens nicht so zu interpretieren, dass das Wort „Gefahr" einem Erfüllungsinteresse gleichzustellen ist, weil der Werkvertrag nur dann als beendigt anzusehen sei, wenn der Schuldner erfüllt

---

[1]) Emerich, a. a. O. S. 73.
[2]) Goldmann-Lilienthal, a. a. O. Bd. 1. § 176 Ziffer 7.
[3]) Das Recht Bd. 1904. S. 361, Urt. v. 27. 6. 1903.
[4]) Gierke, a. a. O. Bd. 3. S. 694.

habe. Vielmehr soll nach Oertmann[1]) der Unternehmer grundsätzlich die Gefahr — sowohl des Untergangs wie der Verschlechterung — nur in dem Sinne tragen, als er durch den früheren Untergang seinen Anspruch auf die Vergütung verliert. Wir können mit Oertmann diese Ansicht nur teilen, sind uns allerdings darüber klar, dass sie vielleicht der strengen Auffassung über den zu erreichenden Arbeitserfolg widerspricht. Aber wir gehen ja auch nicht so weit, zu fordern, dass der Unternehmer für alle vorzeitig zugrunde gegangenen oder verschlechterten Werke von einer noch möglichen Wiederherstellung befreit wird. Wollte man aber den Unternehmer bei a l l e n physisch möglichen Werken zur Wiederherstellung für verpflichtet halten, so können wir der Ansicht Oertmanns in Grünhuts Zeitschrift[2]) aus vollster Ueberzeugung zustimmen. Oertmann nennt eine derartige Forderung und Folgerung aus dem Satze „der Unternehmer trägt die Gefahr" eine „extreme Begünstigung des Bestellers und eine gröbliche Benachteiligung der arbeitenden Stände". Wenn allerdings das Gesetz es nicht verbietet, von dem Unternehmer die Neuherstellung eines physisch möglichen Werkes zu verlangen, so lässt es umgekehrt auch keinen bindenden Schluss für eine unbedingte Pflicht zur erneuten Leistung zu. (vgl. § 633 Abs. 2 Satz 2). Diese Tatsache haben auch die beiden von uns oben angeführten Urteile anerkannt und bestätigt. Die Erhebung der Forderung einer unbedingten Wiederherstellung würde zudem jedem Rechtsempfinden Hohn sprechen und den allseitig als notwendig und gerecht anerkannten Grundsatz von Treu und Glauben völlig ausseracht lassen.

---

[1]) Oertmann, Kommentar a. a. O. § 644 Ziffer 3.
[2]) Oertmann, in Grünhuts Zeitschrift a. a. O. Bd. 24 S. 69.

§ 6.

Die Wiederherstellungspflicht des vor Vollendung oder vor Abnahme zerstörten oder verschlechterten, aber nochmals möglichen Werkes.

Wie wir bereits oben betonten, versprechen wir uns für die weiteren Ausführungen einen Erfolg von einer Teilung der Werkverträge in solche, die noch nicht zu einem Abschluss gekommen sind und in solche, die vollendet sind. Dass eine solche Unterscheidung möglich und denkbar ist und nicht gegen das Gesetz verstösst, haben wir bereits oben hervorgehoben. Wenn Oertmann[1]) nur eine Gefahr des vollendeten Werkes gelten lassen will, so würde damit das begonnene Werk dem vollendeten gleichgestellt werden. Eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Arten wäre dann unmöglich, und es würde der Unternehmer des vollendeten Werkes ungleich härter gestellt sein als der des erst begonnenen, wenn man bei beiden eine Wiederherstellungspflicht annimmt.

Bevor wir uns mit den begonnenen, noch nicht vollendeten und dann zerstörten Werkherstellungen befassen, sei zunächst auf eine besondere Art des Werkvertrages, die sog. Teilherstellung, eingegangen. In ihr sehen wir eine besondere Unterart oder Abart der noch nicht vollendeten Werkherstellung und damit einen weiteren Beweis für die Möglichkeit der Annahme einer Teilung in vollendete und begonnene Werkherstellungsverträge.

Da der Gesetzgeber den Erfolg des Werkvertrages als massgebend ansieht, wird der Vertrag im allgemeinen als ein unteilbares Ganzes anzusehen sein. Trotzdem hat das Gesetz in § 641 Abs. 1 Satz 2 eine Ausnahme in der sog. Teilherstellung zugelassen. Im Sinne des Werkvertrages kann man von einem Erfolg in der Werk-

[1]) Oertmann, Kommentar zu § 644.

herstellung wohl nur reden, wenn das Werk vollendet ist. Es werden also alle unvollendeten Werke, mögen sie auch zu einem gewissen Abschluss gekommen sein, eine Erfüllung im Sinne des Vertrages nicht darstellen. Nur wenn im konkreten Vertrag bestimmt ist, dass das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt ist, macht das Gesetz in § 641 eine Ausnahme von der sonst angenommenen Unteilbarkeit beim Werkvertrag. Rümelin[1]) weist nun überzeugend nach, dass es sich auch bei solchen Teilleistungen um einen Erfolg, wenn auch teilweisen, handeln muss. Von einem Erfolg oder auch einem teilweisen könne man aber nur sprechen, wenn die teilweise Leistung für sich allein irgendwie von Nutzen oder von Bedeutung sei, oder wenn sie vollendet werden könne. Im Gesetz wird zwar mit keinem Worte der Wert des herzustellenden Werkes, ob begonnen, vollendet oder teilweise vollendet, berücksichtigt. Aber die Beweisführung Rümelins ist unseres Erachtens so überzeugend, dass man sie als logisch und dem Wesen des Werkvertrages nicht widersprechend anerkennen muss. Der Unternehmer soll also die Vergütung nur haben, wenn der hergestellte Teil für den Besteller einen Wert hat. (vgl. das Beispiel der Arbeiten des Malermeisters an einem abgebrannten Hause auf Seite 85/86 bei Rümelin).

Diese Vergütung bei teilweiser Herstellung von Werken steht aber dem Unternehmer nur im Falle des § 641 zu, d. h. bei vereinbarter Abnahme in Teilen. Für alle anderen Verträge würde also dem Werkmeister die Vergünstigung des § 641 versagt bleiben müssen, weil das Gesetz in dem Werkvertrag eine unteilbare Leistung sieht. Nur in einem Falle hat das BGB. dies strenge Gefüge durchbrochen. Bei Herstellung von Bauwerken oder Teilen derselben kann nämlich der Unternehmer gemäss § 648 zur Sicherstellung seiner Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek verlangen, ohne Rücksicht darauf, ob das Werk erst zum Teil oder vollständig fertiggestellt ist, oder dass eine

[1]) Rümelin a. a. O. S. 84.

Vereinbarung im Sinne des § 641 getroffen ist. Diese von der zweiten Kommission zur Schaffung eines BGB. eingefügte Ausnahme hat aber nur den Zweck, den Unternehmer vor dem sog. Bauschwindel zu schützen, eine Massnahme, die nur zu begrüssen ist, da nach den §§ 93, 94 BBG. die Leistungen des Unternehmers fest mit dem Grund und Boden verbunden[1]) werden und als wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können, sodass ein etwaiger Besitz- und Eigentumswechsel des Grundstückes während des Baues dem Unternehmer durch die Sicherungshypothek nicht mehr schädlich sein kann. Eine analoge Anwendung auf alle Werkverträge lässt aber diese vom Gesetzgeber geschaffene Ausnahme nicht zu. Es soll allerdings nicht verkannt werden, dass hierdurch die Gruppe der Bauunternehmer, wenn auch mit Recht, so doch nicht unwesentlich vor anderen Unternehmern bevorzugt wird. In der Praxis ist aber diese Regelung als durchaus wünschenswert bezeichnet worden. Abgesehen von dieser für die Bauunternehmer getroffenen Ausnahme kann also der Unternehmer für jedes begonnene, in Teilen abzunehmende Werk die vereinbarte Vergütung verlangen, soweit die Teilleistung einen Wert hat. (vgl. Rümelin, S. 84).

Geht nun ein gemäss § 641 teilweise hergestelltes und abgenommenes Werk zugrunde oder wird es verschlechtert, so endet nach unseren obigen Ausführungen die Gefahrtragung des Unternehmers. Denn mit der Hingabe des durch den Unternehmer hergestellten Werkes und mit der Annahme dieser Leistung durch den Besteller ist die Erfüllung des Vertrages erfolgt. Eine Pflicht zur Wiederherstellung würde man dem Unternehmer nur auferlegen können, soweit er für Verschulden und Vorsatz einzustehen hat.

Geht dagegen das in Teilen herzustellende Werk vor der Vollendung des betreffenden Teiles zugrunde oder wird es verschlechtert, so ist natürlich auch die Vergütung, die für den einzelnen Teil bestimmt und verein-

---

[1]) vgl. auch § 946 BGB.

bart war, nicht fällig geworden. Ein solches Werk ist also ebenso zu behandeln wie ein begonnenes und vor Vollendung zerstörtes Werk, ohne dass eine Abrede über Teilherstellung getroffen war.

Wie ist nun die Rechtslage bei solchen nur begonnenen und vor Vollendung und vor Abnahme zerstörten bezw. beschädigten Werkherstellungen? Der Schutz des § 641 steht jetzt dem Unternehmer nicht zur Seite. Mag das bestellte Werk erst im Anfang der Ausführung sein oder mag es bereits kurz vor der Vollendung stehen, einen Anspruch auf Vergütung hat der Unternehmer nicht. Der Arbeitserfolg, den der Besteller sich vorgestellt hat und den er erwarten und verlangen kann, ist noch nicht eingetreten. Geht nun das Werk in diesem Stadium zugrunde, so entfällt für den Besteller kraft Gesetzes die Verpflichtung zur Vergütung, da die Gefahrtragung des Unternehmers zunächst ohne Zweifel in der Vergütungslosigkeit bei mangelndem Erfolg in der Werkherstellung besteht. Will also der Unternehmer ein Entgelt für seine Arbeit haben, so kann er dies nur erreichen dadurch, dass er von neuem mit der Werkherstellung beginnt und diese auch vollendet. Denn es ist ein Arbeitsresultat versprochen und von dieser Verpflichtung befreit den Schuldner im allgemeinen nur Unmöglichkeit oder Erfüllung.[1]) Die schwankende und unklare Stellung des BGB. bezw. der Motive kennen wir bereits aus den vorangegangenen Ausführungen. Allerdings gibt das R.G. in der Entscheidung des 57. Bandes dem Unternehmer keinen Anspruch auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes, aber es ist daraus nicht etwa die Folgerung zu ziehen, dass das R.G. damit jedes Verlangen einer Neuherstellung ablehnen wollte. Wenn Rümelin[2]) in der Urteilsfindung des R.G. bemängelt, dass erst die Frage der noch möglichen oder unmöglichen Herstellung des Werkes hätte geprüft werden müssen, so besitzt dieser Einwand eine durchaus beachtliche Be-

[1]) So auch Dochnahl, a. a. O. Bd. 48. S. 241 ff., insbesondere S. 304, 282—285.
[2]) Rümelin, a. a. O. S. 77.

rechtigung, doch fehlt uns die genaue Kenntnis des dem Urteil zugrundeliegenden Tatbestandes. Das R.G. hat aber ausdrücklich festgestellt, dass sich sowohl aus den speziellen Bestimmungen der §§ 633—635 wie auch aus allgemeinen Erwägungen ein Recht des Bestellers auf Neuherstellung nicht herleiten lasse. Der Versuch Rümelins, dem Unternehmer auf Grund des Beseitigungsanspruches des Bestellers eine Verpflichtung zur nochmaligen Leistung aufzuerlegen, scheint uns jedoch nicht durchschlagend. Es ist zwar richtig, dass der Unternehmer nicht nur für die vertragsmässige Beschaffenheit des Werkes und zugesicherte Eigenschaften haftet, sondern dass er auch für solche Mängel aufkommen muss, die den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes bloss unerheblich mindern. Wenn dem Besteller auch das Recht — im Gegensatz zum Kauf — auf Ausbesserung des Werkes gegeben ist, so geht doch dieses Recht nicht so weit, dass es auf jedes nicht vertragsmässig hergestellte Werk Anwendung finden kann. Es würde unter solchen Umständen ja die Bestimmung des § 633 Abs. 2 Satz 2 völlig überflüssig erscheinen müssen. Es muss also dem Besteller der Beseitigungsanspruch in allen Fällen versagt bleiben, in denen die Ausbesserung einen unverhältnismässigen Aufwand für den Unternehmer bedeuten würde.[1]) Damit dürfte die Forderung Rümelins ihre Erledigung finden.

Dieser viel umstrittenen Entscheidung des R.G. liegt allerdings ein bereits fertig gestelltes Werk zugrunde, das gewisse Mängel aufweist. Anders liegen aber die Verhältnisse bei einem erst im Entstehen begriffenen Werk, das in irgend einem Stadium der Vollendung untergeht. Hier hat der Unternehmer einen Erfolg in der Herstellung überhaupt noch nicht gehabt, wenn auch nicht bestritten werden soll, dass die einzelnen vom Unternehmer am Werk vorgenommenen Handlungen Fortschritte zur endlichen Werkherstellung bedeuten. Aber auf die einzelnen Leistungen des Unternehmers kommt es nicht an, sondern nur auf den Erfolg, den wir mit „ab-

[1]) vgl. dazu auch Cosack, a. a. O. § 148, II, Nr. 15.

nahmefähig" bezeichnen möchten. Während ein mangelhaft hergestelltes Werk, wie es auch der E. 57/276 zugrunde liegt, trotz seiner Fehler und Abweichungen von den Anweisungen des Bestellers für diesen stets einen gewissen Wert, mag er grösser oder kleiner sein, (deshalb kann er ja wandeln oder mindern) hat, ist das noch nicht vollendete sowohl vor wie nach dem zufälligen schädigenden Ereignis für den Besteller mehr oder weniger wertlos. Wenn aber die Werkherstellung schon vor ihrer Vollendung fehlerhaft ist, dann kann der Besteller gemäss § 634 Abs. 1 dem Unternehmer eine sofortige Frist zur Beseitigung des Mangels bestimmen, die allerdings nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist ablaufen darf. Auf die dem Besteller in diesem Fall gegebenen Rechte der Wandelung und Minderung soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden. Es sei jedoch hervorgehoben, dass im Falle der nicht rechtzeitigen Herstellung dem Besteller gem. § 633 BGB. das Recht des Rücktritts gegeben ist.

Was soll nun bei solchen in einem gewissen Stadium der Vollendung begriffenen zufällig untergegangenen oder verschlechterten Werken entschieden werden? Die Antwort kann nur und muss nach den angestellten Erwägungen lauten: für ein solches Werk hat die Gefahrtragung des Unternehmers noch nicht aufgehört, zu bestehen. Er muss noch einmal mit der Herstellung beginnen und sie auch vollenden. Für diese Ansicht sprechen verschiedene rechtspolitische und allgemeine Gründe.

Einmal ist es das Wesen des Werkvertrages, der erst in dem erfolgreich vollendeten Produkt der Arbeit eine Vertragserfüllung sieht. Der Unternehmer hat bis zu dem erfolgten Untergang seines begonnenen Werkes erst einen gewissen Teil seiner Arbeitskraft auf die endliche Werkherstellung verwandt. Wollte man ihn jetzt nach dem zufälligen Untergang von dem Vertrag entbinden, so würde er zwar seiner Vergütung verlustig gehen, umgekehrt aber die volle Verfügung über seine Arbeitskraft zu einer Zeit wieder erhalten, die vor der

eigentlichen Endigung des Werkvertrages liegen würde. Dies kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

Durch unvorhergesehene Umstände zwar ist das Werk zugrunde gegangen. Eine Abnahme hat nicht erfolgen können, das Werk ist weder angeboten, noch hingenommen. Ein Erfolg ist auch nicht vorhanden, ebensowenig wie das zerstörte oder beschädigte Werk einen Wert für den Besteller hat. Hier liegt ein voller Misserfolg vor, der zu Lasten des Unternehmers der Eigenart des Werkvertrages entsprechend gehen muss. Der Grundsatz des § 644 kann daher in diesem Falle mit vollstem Recht zur Anwendung gebracht werden. Wollte man hier den Unternehmer nicht zur Wiederherstellung verpflichtet halten, so würde eine nicht übersehbare Unsicherheit auf dem Gebiet des Werkvertrages die Folge sein.

Auch soll nach unseren Ausführungen der Unternehmer eine Vergütung für ein in Teilen abzunehmendes Werk nur haben, soweit die Teilleistung einen Wert hat. Eine Verpflichtung des Unternehmers zur Neuherstellung bei Teilleistungen vor erfolgter Abnahme möchten wir als selbstverständlich betrachten, solange es nicht feststeht, dass die Leistung für den Besteller auch von Wert ist. Will er also die Vergütung erhalten, so muss er das Werk vertragsmässig herstellen, d. h. etwa aufgetretene Mängel beseitigen, die das Werk dem Besteller wertlos erscheinen lassen, oder wenn sie sich nicht beseitigen lassen, diesen Teil neu herzustellen. Bei einer vereinbarten Abnahme in Teilen ist dem Besteller aber früher die Möglichkeit gegeben, das Werk einer Prüfung zu unterziehen und auf seine Vertragsmässigkeit zu prüfen als bei einem Werkvertrage, der keine Abnahme in Teilen vorsieht. Wenn also bei vereinbarter Teilherstellung wegen Wertlosigkeit bereits Neuherstellung bezw. Ausbesserung verlangt werden kann, so muss dies umso mehr der Fall sein bei einem durch Zufall völlig zerstörten Werk, bei dem der Besteller keine Möglichkeit noch eine Pflicht zur Prüfung des Werkes auf seine vertragsmässige Herstellung gehabt hat, und bei dem eine völlige Wertlosigkeit nach dem schädigenden Er-

eignis vorliegt. Schliesslich dürfte diese Forderung nicht unbillig sein. Wir glauben dem Unternehmer die Neuherstellung in solchem Falle sehr wohl zumuten zu können, sie ist eine gerechte Auslegung der Gesetzesregeln und hat keinesfalls den vom BGB. propagierten Grundsatz von Treu und Glauben gegen sich, ebensowenig wie die für die Neuherstelung aufzuwendende Arbeitskraft einen unverhältnismässigen Aufwand darstellen dürfte.

Wir wollen nicht behaupten, dass diese Ausführungen eine völlig befriedigende Lösung darstellen. Auch sind wir uns darüber klar, dass die von uns vorgeschlagene Einteilung der Werkverträge nicht alle Härten, die wir gewohnt sind aus dem Werkvertrag entspringen zu sehen, beseitigt. Es sei nur daran erinnert, dass natürlich ein Unterschied zwischen einem Werk, das schon im Anfangsstadium untergeht, und einem solchen, das erst kurz vor der Vollendung zerstört wird, besteht. Ob sich allerdings hier eine Trennungslinie ziehen lässt, scheint uns auf Grund der angestellten Untersuchungen nicht möglich und auch nicht ratsam. Eine weitere Zergliederung würden wir aus dem Grund ablehnen müssen, um nicht die Gefahrtragung des Unternehmers beim Werkvertrage in das Gegenteil zu verkehren.

---

§ 7.

Die Wiederherstellungspflicht des vollendeten, zerstörten oder verschlechterten, aber nochmals möglichen Werkes.

Betrachten wir nunmehr die Wiederherstellungspflicht bei nach Vollendung, aber vor Abnahme untergegangenen Werken. Es ist unbestritten, dass die Forderung der Neuherstellung in solchem Falle eine überaus harte Belastung für den Unternehmer bedeutet, und

dass wohl insbesondere aus dieser Erwägung heraus die Gefahrtragung des Werkvertrages als revisionsbedürftig erscheinen muss.

Die in dem § 644 getroffenen Ausnahmen von der Gefahrtragung des Unternehmers sind besonderer Natur und können für diese Ausführungen nicht nutzbringend verwandt werden. Eine andere Bewandtnis hat es mit dem § 645. „Dadurch wird", so führt Wüstendörfer[1]) aus, „im Widerstreit mit dem Begriff des Werkvertrages ein Teil der Vergütungsgefahr dem Besteller aufgebürdet, mag das Werk unmöglich geworden oder möglich geblieben sein, und es ist der Grundgedanke des Arbeitslohnes statt des Erfolgslohnes, also ein Gesichtspunkt des Dienstvertrages, der hier hineinspielt".

Man hat den § 645 nicht selten als einen Hauptträger der von Oertmann proklamierten Betriebssphärentheorie angesprochen. Insbesondere wird diese Ansicht von Rümelin[2]) auf das entschiedenste vertreten, ebenso Brütt.[3]) Dass diese Ansicht rechtspolitisch durchaus haltbar ist, bezweifeln wir nicht. Ob sie aber in der Praxis Erfolge aufzuweisen haben wird, muss in Anbetracht der sog. neutralen Zone bestritten werden. Und in der Tat ist die Zahl der sog. Grenzfälle garnicht so selten, dass man sie ohne Bedenken übergehen könnte. Das hat schon Crome[4]) überzeugend nachgewiesen. Aehnlich äussern sich die Protokolle zum BGB.[5]) In seinem Kommentar gibt Oertmann[6]) selbst zu, dass zwar die von Rümelin für die Anwendung der Betriebssphärentheorie mit Erfolg aufgestellten Grundsätze und Richtlinien rechtspolitisch durchaus haltbar seien, dass aber der Text des Gesetzes zu dieser Unterscheidung keinen genügenden Anhalt biete. „Gegen die Beweisführung Rümelins", führt Oertmann aus, „spricht nur der eine, aber schwer zu überwindende Grund, dass

---

[1]) Wüstendörfer, a. a. O. S. 338.
[2]) Rümelin, a. a. O. S. 127 ff.
[3]) Brütt, a. a. O. S. 157.
[4]) Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte a. a. O. S. 319.
[5]) Protokolle zum BGB. a. a. O. Bd. 2. S. 334 ff.
[6]) Oertmann, Kommentar a. a. O. § 644 Ziffer 3 b.

nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte die dem Unternehmer im Text auferlegte Gefahr kaum anders als im Sinne der gesamten Gefahr des Werkes, also nicht nur der Unternehmung verstanden werden darf". Damit gibt Oertmann praktisch die Anwendung der Sphärentheorie auf. Wenn aber Kohler[1]) aus dem § 645 die Regeln des Annahmeverzuges gegen den Besteller zur Anwendung gebracht wissen will, so dürfte diese Ansicht aus dem Gesetz nicht herausgelesen werden können. Auch ist sie nicht von der Wissenschaft anerkannt, sodass wir uns ein näheres Eingehen auf diese Ansicht ersparen können.

Gibt es aber überhaupt einen Weg, für den Unternehmer die Gefahrtragung aus dem Werkvertrage erträglicher zu gestalten? Halten wir zunächst fest, dass der Werkmeister eine Vergütung für seine erfolglos gebliebenen Bemühungen nur unter den in § 645 gegebenen Voraussetzungen verlangen kann. Damit wird er natürlich auch von einer etwaigen Pflicht der Neuherstellung befreit. In allen anderen Fällen aber, und sie werden bei weitem die zahlreicheren sein, muss ihm der Schutz des § 645 versagt bleiben. Wir sind allerdings mit Brütt[2]) der Ansicht, dass „es ein unbedingtes Gebot sozialpolitischer Gerechtigkeit ist, dem Unternehmer nicht nur im Falle des § 645 die entsprechende Vergütung zu gewähren, sondern stets, wenn der Unfall sich nicht in der Betriebssphäre des Unternehmers ereignet hat", also auch nicht bei höherer Gewalt. So durchschlagend und einleuchtend auch diese Forderung erscheint, so muss sie doch versagen im Falle des Eintrittes der vis maior. Wenn man auch noch so oft für eine gerechte Teilung der Gefahrtragung eintritt, so wird man uns stets in Ansehung des Begriffs der höheren Gewalt die Begründung der Protokolle entgegenhalten.[3]) Hier kann also nur der Gesetzgeber helfen. Wir stehen aber der Sphärentheorie in gewisser Beziehung ablehnend gegenüber; es

[1]) Kohler a. a. O. Archiv f. bürg. Recht. Bd. 13. S. 259.
[2]) Brütt, a. a. O. S. 157.
[3]) Protokolle a. a. O. Bd. 2 S. 333 ff.

scheint uns vielmehr im § 645 ein Hinweis auf die von uns vorgenommene Trennung der Werkverträge zu liegen. Die Bestimmungen des § 645 wollten bewusst im Falle von Zufällen die ungewöhnliche Härte für den Unternehmer abschwächen. Wenn wir nun den § 645 nicht auch analog auf nur begonnene Werkherstellungen angewendet wissen wollen, so tun wir es aus der Erkenntnis heraus, dass der Unternehmer in den meisten Fällen bis zu dem schädigenden Ereignis nicht den Beweis hat erbringen können, noch erbracht haben wird, dass er zur Werkherstellung fähig ist und ein abnahmefähiges Resultat erzielt haben würde. Zudem hat bei solchen begonnenen Werkherstellungen der Besteller meist nicht die Möglichkeit einer Prüfung des Werkes, denn er wird schwerlich beurteilen können, ob das in Auftrag gegebene Werk seinen Wünschen nach Fertigstellung entsprechen wird.[1]) Ist aber das Werk fertiggestellt (z. B. das bestellte Gemälde), so kann der Besteller es auf seine vertragsmässige Beschaffenheit prüfen. Selbst wenn er aber nicht prüft und die vollendete Leistung geht vor Abnahme zugrunde, so würden wir keine Bedenken tragen, den Unternehmer von seiner Leistungspflicht zu befreien, es sei denn, dass ihn ein Verschulden träfe. Warum soll der Unternehmer nach erbrachtem Nachweis einer vollendeten Herstellung noch weiter die Gefahr tragen, wenn ein Zufall eintritt, den weder er noch der Besteller zu vertreten hat. Wäre es in solchem Falle nicht über die Massen unbillig, den Unternehmer zur erneuten Leistung anzuhalten? Wenn allerdings das Gesetz den Unternehmer auch bei vollendeter Herstellung erst mit der Abnahme vom Vertrage befreit wissen will, so kann es gegen diese gesetzliche Bestimmung kein anderes Mittel geben, um den Werkmeister gegen die Härte des Gesetzes zu schützen, als die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Man wende nun nicht ein, dass Juristerei und logische

[1]) vgl. Denkschrift eines Entwurfes zum BGB. S. 126: dem Besteller darf nicht zugemutet werden, die Gefahr zu übernehmen, solange er nicht in der Lage gewesen ist, die Vertragsmässigkeit des Werkes zu prüfen.

Folgerung da aufhöre, wo Treu und Glauben anfange. Der Vorwurf der allzu häufigen Anwendung dieses Grundsatzes mag mitunter berechtigt erscheinen. In unserem Falle hingegen scheint uns geradezu ein Schulbeispiel dafür vorzuliegen, wann man billigerweise auf diesen Grundsatz zurückgreifen kann und darf. Wenn aber tatsächlich, wie wir glauben nachgewiesen zu haben, nur diese eine Möglichkeit besteht, so soll sie nach der Ansicht vieler nur aus dem Grunde nicht angewendet werden, weil die Gegner in der Anwendung dieses Grundsatzes eine Durchbrechung der juristischen Logik sehen. Eine derartige Forderung geht unseres Erachtens entschieden zu weit, wollte man ihr aber stattgeben, so käme man damit zu dem Schluss, dass der § 242 überhaupt überflüssig sei und am besten garnicht in das BGB aufgenommen wäre. Eine derartige Folgerung wollen aber auch die Gegner von Treu und Glauben schwerlich gezogen wissen.

Diesen Gedankengängen steht offenbar eine Entscheidung des R.G. aus dem 107. Bande nicht ganz fern. In diesem Urteil[1]) handelt es sich um die Lieferung eines Schrankes, der nach Ablieferung gewisse Abweichungen von der dem Unternehmer gegebenen Anweisung aufwies. Die Klage geht auf Beseitigung der Mängel gemäss § 633 Abs. 2. Das R.G. stellt nun fest, dass praktisch selbstverständlich die Beseitigung von Mängeln durch Neuherstellung eines neuen mangelfreien Werkes bewirkt wird, (dem zu liefernden Schranke fehlten 6 cm an der Breite), dass aber rechtlich an und für sich zweifelhaft erscheinen kann, ob die Mängelbeseitigung durch Neuherstellung erfolgen muss. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass im fraglichen Falle die Mängelbeseitigung praktisch nur in der Lieferung eines neuen Schrankes bestehen kann, denn eine Mängelbeseitigung der fehlenden 6 cm an der Breite des Schrankes kann schwerlich auf andere Weise bewerkstelligt werden. Das Urteil geht des weiteren auf die Auslegung der Vorschriften in den §§ 633—635 ein und betont dann

[1]) Ent. d. R. G. Bd. 107. S. 339 ff.

(S. 342): Wenn der Unternehmer nach § 633 Abs. 2 Satz 2 die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismässigen Aufwandes verweigern darf, dann muss er erst recht die Neuherstellung verweigern dürfen, die bei vorhandener Möglichkeit, die Mängel zu beseitigen, zumeist als unverhältnismässiger Aufwand erscheinen wird. Aber die Entscheidung geht noch weiter, indem sie feststellt, dass selbst aus dem § 634 Abs. 2 im Falle der Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nicht ohne weiteres Neuherstellung verlangt werden könne, und dass die Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung (unter Verweisung auf Oertmanns Kommentar zu § 633 Ziffer 2h) gegegebenenfalls kein Recht auf Neuherstellung gewähre.

Mit diesem Urteil beseitigt das R.G. ohne Zweifel manche Meinungsverschiedenheiten. Wenn es auch feststellt, dass „in allen weiteren in diesem Zusammenhang stehenden (der Mängelbeseitigung nämlich) Vorschriften des Gesetzes von der Neuherstellung des Werkes keine Rede ist", so geht es doch nicht so weit, den Unternehmer von jeglicher Verpflichtung zur Wiederherstellung frei zu sprechen. So betont es, dass ein Erfüllungsanspruch auf Neuherstellung grundsätzlich gegeben ist, wenn das gelieferte Werk sich als ein aliud darstellt. Die weiteren Ausführungen über den Begriff der Abnahme interessieren hier nicht, sie stellen lediglich die herrschende Meinung über den Abnahmebegriff fest, d. h. die Leistung muss hingegeben und hingenommen sein, und der Besteller muss zu erkennen gegeben haben, dass er die Leistung als eine in der Hauptsache den Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne.

Dieses Urteil ergänzt in weitgehender Beziehung das schon öfter zitierte des R.G. aus dem 57. Bande und bedeutet eine wertvolle Bereicherung der Wissenschaft und Praxis auf dem Gebiet der Gefahrtragung beim Werkvertrage.

In ähnlicher Weise ist ein Fall in der R.O.L. entschieden.[1]) Der Vertrag ging auf Erbohrung eines Brunnens. Trotz Anlegens von zwei Bohrlöchern und

[1]) vgl. R.O.L. Bd. 41. S. 117/118.

unter Aufwand grosser Kosten, die zu dem Werte des betreffenden Grundstückes in keinem Verhältnisse standen, ist es dem Unternehmer nicht gelungen, eine „dauernd zu erfassende Wassermenge zu erbohren". In dem Urteil wird dann festgestellt, dass unter der Voraussetzung der überhaupt möglichen Erbohrung von Wasser in diesem Grundstück dieser Erfolg nur von „so grossen Kosten und Arbeiten abhängig ist, dass die Fortsetzung der Bohrungen einen zum erhofften Erfolg unverhältnismässigen Aufwand erfordert". Also auch in diesem Falle ist unter Bezugnahme auf § 633 Abs. 2 der Unternehmer von seiner Herstellungspflicht befreit. Dies Urteil weicht insofern von dem des R.G. ab, als hier ein Arbeitserfolg, wie ihn Besteller und Unternehmer sich bei Eingehung des Vertrages vorgestellt haben, überhaupt nicht erreicht wurde. Hat der gelieferte mangelhafte Schrank für den Besteller einen gewissen Wert, so kann in diesem Falle von einem Wert der Arbeiten des Unternehmers für den Besteller nicht gesprochen werden. Und trotzdem wird er von dem Vertrage entbunden.

Welche Auswirkungen zeitigen diese Urteile für unsere Ausführungen? Beachtlich ist, dass eine Verpflichtung zur Neuherstellung ipso iure dann gegeben ist, wenn das gelieferte Werk sich als ein aliud darstellt. In diesem Falle erkennen auch wir rückhaltlos eine Verpflichtung zur erneuten Leistung an. Wenn aber das vollendete, noch nicht abgenommene Werk (wir denken z. B. an den in diesen Tagen von den Zeitungen gemeldeten Einsturz des Neubaues eines Postamtes) zugrunde geht, soll dann eine Neuherstellung den Unternehmer treffen? Nach der eben zitierten Entscheidung des R.G. keineswegs, es sei denn, dass der Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt habe. Ein aliud hat der Unternehmer nicht geliefert, wenigstens hat es nicht festgestellt werden können, da das Werk vorher — bei Bauwerken wird die Abnahme gewöhnlich in Teilen erfolgen, fast regelmässig aber auch ohne besondere Abrede nach erfolgter Herstellung im Rohbau — zugrunde ging. Ein Erfolg war auch da, aber vor der Abnahme wurde er aus

unaufgeklärten Gründen zerstört. Die Möglichkeit zur Neuherstellung ist jedoch bestehen geblieben. Der Grund und Boden — zur Zeit allerdings mit den Trümmern des alten Baues bedeckt — ist unversehrt geblieben, der Unternehmer selbst[1]) ist nicht zu Schaden gekommen und der Besteller, der den Stoff zu liefern hat, pflegt gewohnheitsmässig zum Bau nur den Grund und Boden zur Verfügung zu stellen, um alle Rechte aus dem Werkvertrag für sich in Anspruch nehmen zu können. So wären alle Bedingungen für eine erneute Vornahme der Werkherstellung durch den Unternehmer gegeben. Wer aber wollte tatsächlich in solchem Falle den Werkmeister zur Innehaltung des Vertrages bis zur Erfüllung anhalten? Ist das Verlangen einer Neuherstellung unter solchen Umständen überhaupt zumutbar, schlägt es dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht geradezu ins Gesicht? Mit Recht betont daher das R.G. dass der Unternehmer, wenn er schon die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismässigen Aufwandes verweigern darf, erst recht nicht zur Neuherstellung verpflichtet sein kann. Wir können dem nur zustimmen. Kein Zweifel aber kann darüber bestehen, dass der sog. Beseitigungsanspruch des Bestellers wegen bestehender Mängel, wie wir bereits oben ausführten, wohl ein Recht des Bestellers begründet, nicht aber eine Pflicht zur Neuherstellung gleichzeitig einschliesst. (vgl. R.G.E. 57/275, 95/329, Warneyer, 1916 Nr. 305). In diesem Falle kann aber u. E. von einem Beseitigungsanspruch nicht gesprochen werden, da das Werk völlig zugrunde gegangen ist, und man in Ansehung der Trümmer lediglich von einer Beseitigung sprechen kann, nicht aber diese Beseitigung bis zur Wiederherstellung des Werkes ausdehnen darf.

Nach unserer Ansicht müsste vielmehr bei solchen zufälligen Ereignissen der Vertrag infolge der Vernichtung des Werkes hinfällig werden, wenn für den Werk-

[1]) Der Werkvertrag enthält keine Bestimmungen über die persönliche Leistung des Unternehmers, es muss daher Leistung d. Dienste durch Dritte gestattet sein, cf. § 267, obwohl im Werkvertrag nicht besonders auf diesen § verwiesen ist, vgl. auch Trachsel a. a. O. S. 59, 62 u. 57.

meister oder auch für den Besteller die Erfüllung seiner Vertragspflichten dem konkreten Vertragsinteresse zuwider wesentlich erschwert ist.[1]) Wir teilen somit die Ansicht Oertmanns aus vollster Ueberzeugung und glauben, dass sie eine gerechte Auslegung der Gesetzesregeln darstellt.

Bevor wir jedoch auf die Berechtigung des Unternehmers zur Wiederherstellung übergehen, sei noch betont, dass auch die von uns vorgenommene Abwägung der Gefahrtragung und ihre daraus sich ergebende ev. Wiederherstellungspflicht nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen wird, solange der Gesetzgeber sich weigert, den Begriff der höheren Gewalt auch auf den Werkvertrag seine Anwendung finden zu lassen.

---

§ 8.

Die Berechtigung zur Wiederherstellung.

Eine andere Frage ist es, ob der Unternehmer zur erneuten Herstellung nach einem eingetretenen zufälligen Ereignis berechtigt ist.

Wir sind mit Dochnahl[2]) der Ansicht, dass einer solchen Berechtigung nichts entgegensteht. Das Recht des Unternehmers auf nochmalige Leistung hängt natürlich davon ab, ob der Besteller nach dem ersten Misslingen der Werkherstellung am Vertrage festhält. Tut er das nicht, und kündigt den Vertrag, so entfällt für den Unternehmer nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht zur weiteren Werkherstellung. Der Besteller kann gemäss § 649 den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen. In diesem Falle ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung „unter Anrechnung dessen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an

[1]) cf. Oertmann, Kommentar § 644 Ziffer 1 b.
[2]) Dochnahl a. a. O. S. 285/286 und 304.

Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt", von dem Besteller zu verlangen. Diese gesetzliche Bestimmung ist so klar, dass es sich erübrigt, darauf näher einzugehen. Durch die Kündigung des § 649 wird also nicht das gesamte Vertragsverhältnis aufgehoben, sondern nur die eine Seite desselben; die Pflicht des Bestellers zur Lohnzahlung bleibt bestehen.[1]) Dass es sich hier ohne Zweifel um einen Vertragsanspruch und nicht um einen Entschädigungsanspruch handelt, bedarf wohl keiner näheren Erörterung.[2])

Eine andere Bestimmung über die vorzeitige Endigung des Vertrages finden wir in § 636. Hier ist dem Besteller im Falle der nicht rechtzeitigen Herstellung des Werkes das Recht gegeben, gemäss § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. In diesem Falle wird also das gesamte Vertragsverhältnis im Gegensatz zu § 649 zwischen den Parteien gelöst.

In § 649 handelt es sich um ein noch nicht vollendetes Werk, dessen vereinbarte Frist bis zur Vollendung noch nicht abgelaufen ist; in § 636 aber handelt es sich um eine Werkherstellung, die innerhalb der festgesetzten Frist nicht vollendet wurde oder um eine solche, die die Frist bereits überschritten hat. Aus diesem Grunde erklärt sich auch die verschiedene Regelung der Vergütung. Hat der Unternehmer im Falle des § 649 alles zur Werkherstellung Erforderliche getan, so wäre es unbillig, ihn infolge der Kündigung des Bestellers seiner Vergütung für verlustig zu erklären. Auf den Erfolg der bisher geleisteten Arbeit kommt es garnicht an, etwa ob das Arbeitsergebnis für den Besteller von Wert ist, oder ob es abnahmefähig ist. Der Besteller verzichtet mit der Kündigung auf die Erbringung des früher vereinbarten Arbeitsergebnisses; diese Willensänderung kann aber niemals zu Lasten des Unternehmers gehen. Anders aber im Falle des § 636. Hier hat der Unternehmer seine Verpflichtung, das Werk innerhalb der ver-

---

[1]) Oertmann, Kommentar § 649 Ziffer 1.
[2]) vgl. Oertmann, die Vorteilsausgleichung S. 38/39.

einbarten Frist zu vollenden, nicht erfüllt, er befindet sich also im Verzuge Es ist daher selbstverständlich, dass der Besteller hier keine Vergütung zu zahlen hat, denn das Werk ist nicht vereinbarungsgemäss rechtzeitig hergestellt. Der Unternehmer wird also nach fruchtloser Fristsetzung auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen werden. In diesen beiden Fällen wird man somit nicht von einer Berechtigung zur Wiederherstellung seitens des Unternehmers sprechen können.

Wann aber können wir ihm ein solches Recht zubilligen? Wie schon Dochnahl[1]) ausführt, müsste dem Unternehmer, wenn man das Vorliegen einer Wiederherstellungspflicht annimmt, auch die Berechtigung dazu zuerkannt werden. Den gleichen Standpunkt nimmt Riezler[2]) ein: „Wenn der Unternehmer das durch Zufall zerstörte Werk wiederherstellen oder ausbessern muss, erfordert die Konsequenz, ihm auch ein Recht auf Wiederherstellung oder Ausbesserung zu geben". Auch für uns unterliegt es keinem Zweifel, dass in dem gleichen Umfange, in dem man den Unternehmer zur Neuherstellung verpflichtet hält, man ihm auch billigerweise das Recht zu einer solchen gewähren muss. Dies betont u. a. auch Crome:[3]) „soweit eine Neuherstellung sich mit dem Vertragsinhalte verträgt, werden wir auch dem Unternehmer das Recht zugestehen, sich durch Nachlieferung, falls sie noch möglich und für den Besteller von Interesse ist, von den Folgen der Gefahrtragung zu befreien".

Wir werden also dem Unternehmer ein Recht zur Neuherstellung in allen den Fällen geben, in denen nach anfänglichem Misslingen eine erneute Herstellung innerhalb der vertraglich festgesetzten Zeit durchaus möglich ist und der zu erwartende Erfolg für den Besteller noch von Interesse ist. Solange also der Besteller von dem Vertrage nicht zurücktritt oder ihn kündigt, ist billigerweise anzunehmen, dass er an der Erfüllung des Ver-

---

[1]) Dochnahl a. a. O. S. 283.
[2]) Riezler a. a. O. S. 144.
[3]) Crome, System d. deutsch. bürg. Rechtes, Bd. 2, S. 696.

trages Interesse hat und gewillt ist, die von dem Unternehmer in Arbeit befindliche Werkherstellung anzunehmen. Mit Recht fordert daher auch Lotmar,[1]) dass überall da, wo das Interesse (auch das Zeitinteresse) des Bestellers nicht verletzt wird, dem Unternehmer billigerweise gestattet sein müsse, sich aller Ansprüche des Bestellers dadurch zu entschlagen, dass er ein neues mangelfreies Werk zu liefern sich erbietet und dann auch liefert.

Wir möchten insbesondere dem Unternehmer in allen den Fällen dies Recht auf Wiederherstellung gewähren, in denen das Werk vor Vollendung zugrunde gegangen ist. Es hat nämlich unter Umständen nicht nur der Besteller ein Interesse an der Herstellung, sondern auch der Unternehmer, insofern als er den Beweis erbringen will, dass er durchaus fähig und in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Wollte man ihm ein derartiges Recht nicht einräumen, so würde er garnicht die Möglichkeit haben, die etwa gegen ihn und seine Arbeitsausführung infolge des zufälligen schädigenden Ereignisses erhobenen Vorwürfe zu beseitigen. Seine berufliche Stellung würde darunter leiden und es würde für ihn schwer sein, neue Aufträge zu erhalten. Es ist eine bekannte Tatsache, dass im täglichen Leben der Besteller, Käufer usw. vorzugsweise mit denjenigen Lieferanten oder Unternehmern Verträge eingeht, von denen er erfahrungsgemäss zufriedenstellend bedient worden ist. Es liegt also das Recht auf Neuherstellung oft auch im Interesse des Unternehmers. Dass er aber im Falle der Ausübung dieses Rechtes die Vergütung nur einmal verlangen kann, bedarf wohl weiter keiner Betonung

Das Recht auf erneute Leistung mag in gleichem Umfange bei vollendeten zerstörten, aber noch nicht abgenommenen Werken bestehen. Aber hier wird in der Hauptsache das Interesse des Bestellers überwiegen. Gehen solche Werke zugrunde oder werden sie verschlechtert, so scheint es wohl in den meisten Fällen ausgeschlossen zu sein, dass der Unternehmer die Werk-

[1]) Lotmar, a. a. O. Bd. 2, S. 670.

herstellung rechtzeitig beendigen wird. An der rechtzeitigen Leistung hat aber der Besteller zumeist das grösste Interesse. Bestimmte Artikel, z. B. solche, die für das Weihnachtsgeschäft in einzelnen Branchen bestellt sind, haben für die Geschäftsleute bei nicht rechtzeitiger Lieferung (etwa nach Weihnachten) überhaupt kein Interesse.[1]) Gehen solche bereits einmal vollendeten Werkleistungen zugrunde, und ist ihre Neuherstellung innerhalb der Vertragsfrist nicht möglich, so kann von einem Recht des Unternehmers auf Neuherstellung nicht die Rede sein. Würde man in diesem Falle dem Unternehmer ein Recht auf Neuherstellung einräumen, so wäre die Folge, dass der Besteller unter Umständen Leistungen des Unternehmers annehmen und abnehmen müsste, die für ihn kein Interesse mehr haben. Zudem wird in der Hauptsache der Besteller in solchen Fällen wohl regelmässig von dem ihm gegebenen Rücktrittsrecht Gebrauch machen und dadurch dem Unternehmer die Möglichkeit einer etwaigen Berechtigung zur Neuherstellung abschneiden.

Ob aber der Unternehmer nach der Zerstörung oder Verschlechterung des schon einmal vollendeten Werkes das etwa vorliegende Recht zur Wiederherstellung überhaupt ausüben wird, kann unseres Erachtens nicht sehr zweifelhaft sein. Er wird fast stets nach dem schädigenden Ereignis kein erhöhtes Interesse an der nochmaligen Ausführung des Werkvertrages haben, nachdem sie einmal erfolglos geendet ist, es sei denn das Interesse an der Erhaltung des Lohnanspruches. Die Möglichkeit einer von Erfolg gekrönten erneuten Leistung wollen wir einerseits nicht bestreiten. Wenn wir aber dem Unternehmer keine Pflicht zur Neuherstellung auferlegt wissen wollen, nachdem das vollendete Werk durch Zufall zerstört oder beschädigt ist, so kann ihm auch andererseits kein Recht auf Neuherstellung gegeben werden. Es wird unseres Erachtens bei der Berechtigung zur nochmaligen Leistung in erhöhtem Masse als bei der Pflicht zur Wiederherstellung berücksichtigt werden müssen, ob eine

[1]) vgl. auch Trachsel, a. a. O. S. 56/57.

erneute Leistung des Unternehmers für den Besteller von Wert ist. Es geht keineswegs an, dem Unternehmer ein solches Recht ohne Rücksicht auf die Verwendbarkeit des Werkes für den Besteller ausüben zu lassen. Im allgemeinen wird also bei der Berechtigung zur Wiederherstellung daran festzuhalten sein, dass ein solches Recht nicht weiter gehen darf als eine etwa vorliegende Pflicht zur Wiederherstellung unter Berücksichtigung des Interesses des Bestellers an der Leistung. Eine schärfere Umgrenzung dieser Frage scheint uns nicht möglich.

---

§ 9.

Pflicht und Recht zur Wiederherstellung bei immateriellen Werken.

Bei unseren vorangegangenen Ausführungen haben wir bisher nicht zwischen materiellen und immateriellen Werken unterschieden Dies mag auf den ersten Blick verwunderlich erscheinen, da eine solche Unterscheidung als sehr naheliegend betrachtet werden muss. Aber die Vermeidung und absichtliche Unterlassung einer solchen von uns nicht vorgenommenen Abgrenzung der Werkverträge hat sehr einfache und einleuchtende Gründe.

Können wir überhaupt bei immateriellen Werken von Neuherstellung sprechen? Die einzige Vorschrift über solche Verträge findet sich in § 646:

> „Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen, so tritt in den Fällen der §§ 638, 641, 644, 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes".

Auf den heiss umstrittenen Begriff der Abnahme braucht nicht näher eingegangen zu werden; er umfasst nach der herrschenden Meinung sowohl körperliche

Uebernahme wie auch Anerkennung als Erfüllung.[1]) Da das unkörperliche Werk sich nicht in einer Sache verkörpert, also auch nicht körperlich übernahmefähig ist, kann man natürlich auch nicht von einer Abnahme sprechen.[2]) Das BGB. setzte demgemäss in § 646 an die Stelle der Abnahme den Begriff der Vollendung.

Kann nun ein immaterielles Werk nach der Vollendung von einem Zufall betroffen werden? Ohne Zweifel ist dies nicht möglich. Das Spiel des Geigenkünstlers stellt nach dem vereinbarten Konzert eine vollendete Leistung dar. Ein nach diesem Konzert eintretender Zufall (etwa Zerstörung der Geige des Künstlers) kann keine Einwirkung mehr auf den eben vollendeten Erfolg haben. Also kann nach dem beendigten Konzert von einem Zufall auch keine Rede mehr sein. Eine etwaige Pflicht zur Neuherstellung steht also garnicht in Frage, ebensowenig wie man von einem Verzug nach erfolgter Leistung hier sprechen kann. Auch wird man bei immateriellen Werkverträgen den Arbeitserfolg stets von der persönlichen Leistung des Unternehmers erbracht wissen müssen, insbesondere wird dies bei künstlerischen Leistungen der Fall sein.[3])

Anders scheint es sich bei den sog. geistigen Werkverträgen zu verhalten. Nehmen wir an, ein von einem Verlag bei einem Schriftsteller in Auftrag gegebener Roman oder ein Gedicht oder eine Komposition wird vernichtet. Fertiggestellt war das Erzeugnis des Schriftstellers. War es im Sinne des § 646 auch vollendet? Nein, denn der Besteller hat die Leistung noch garnicht angenommen, der Unternehmer bleibt also aus dem Vertrage verpflichtet. Wenn aber das Schriftstück auf Verlangen des Bestellers versandt worden und verloren gegangen ist, so ist gemäss § 644 Abs 2 in Verbindung mit § 447 die Gefahr auf den Besteller übergegangen und eine Wiederherstellungspflicht für den Unternehmer nicht

[1]) vgl. Planck, Kommentar Jahrg. 1900. Bd. 2. § 640, Nr. 1 b. Oertmann, Komm. § 640, Nr. 2. Staudinger, § 640, II a.
[2]) Planck, Komm. Jahrg. 1900 Bd. 2, § 640, Nr. 1 b.
[3]) Trachsel, a. a. O. S. 59.

gegeben. Abgesehen von der Möglichkeit eines solchen Vertrages kann es zweifelhaft erscheinen, ob es sich hier überhaupt um einen immateriellen Vertrag handelt. Wir möchten annehmen, dass hier ein Gebilde vorliegt, dessen Grenzen nach der materiellen wie nach der immateriellen Seite hin nicht genau festzulegen sind. Solange das Gedicht oder der Roman noch nicht zu Papier gebracht ist, sondern nur im Kopf des Schriftstellers vorhanden ist, kann es sich ohne Zweifel nur um einen rein immateriellen Vertrag handeln. Ist das Werk aber schriftlich niedergelegt, so verkörpert es sich in einer Sache, die durchaus abnahmefähig ist. Bei derartig gemischten Verträgen wird also eine Entscheidung nur von Fall zu Fall möglich sein.

Einfacher ist es bei den reinen immateriellen Werkverträgen. Bei diesen sind vor und während des Konzertes eintretende Zufälle möglich. Auf solche Werke finden dann die Regeln des Werkvertrages Anwendung. Nehmen wir z. B. an, dass die Geige des auf der Reise zum Erfüllungsort befindlichen Künstlers gestohlen oder beschädigt wird, sodass ein Auftreten mit dieser Geige dem Künstler unmöglich ist. Soweit er sich bereit erklärt, mit einer anderen, ihm zur Verfügung gestellten Geige zu spielen, ist eine Erfüllung des Vertrages in gewissen Grenzen möglich, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass unter Umständen diese Geige nicht so wertvoll ist wie die verloren gegangene, und dass dadurch auch die erwarteten Leistungen des Künstlers und die darauf gesetzten Hoffnungen nicht erfüllt werden. Es wird in solchem Falle sehr darauf ankommen, ob der Besteller die unter solchen Umständen von dem Schuldner angebotenen Leistungen annimmt und als Erfüllung des Vertrages gelten lassen will. Wenn die Verpflichtung des Künstlers zu dem Konzert nicht nur auf Grund des ihm vorausgehenden Rufes, sondern auch — wie es in solchem Falle stets zu sein pflegt, ähnlich bei der Verpflichtung von erstklassigen Schauspielern und Sängern — aus dem Grunde erfolgt ist, weil seine Leistungen gerade durch die verloren gegangene Geige erhöhten Wert besitzen, so würde man dem Besteller

gemäss § 636 das Recht des Rücktritts gewähren müssen. Im Falle des Leistungsverzuges des Unternehmers wäre dem Besteller ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, allerdings erst nach fruchtloser Fristsetzung zu geben. Nimmt der Besteller aber die unter solchen Umständen gebotene Leistung nicht an, so kommt er damit nicht etwa in Verzug. Er hat vielmehr ein Recht auf vertragsmässige Leistung des vereinbarten Konzertes. Nur wenn sich durch die Beschädigung oder den Verlust der Geige Unmöglichkeit herausstellen sollte, wäre der Künstler von dem Vertrage zu entbinden. Anderen Falles kann der Besteller eine Werkherstellung, d. h. ein Spielen des Künstlers mit seinem oder einem gleichwertigen Instrument verlangen. Es muss fraglich erscheinen, ob diese Leistung im konkreten Fall an dem vertragsmässig vereinbarten Konzertabend wird stattfinden können, sodass unter Umständen der Unternehmer wegen nicht rechtzeitiger Leistung in Verzug kommen kann.

Was nun die Mängelbeseitigung bei immateriellen Werken anbelangt, so ist es zweifelhaft, ob die §§ 633, 634 nur auf materielle oder auch auf immaterielle Anwendung finden sollen. Jedenfalls steht fest, dass im Falle des vollendeten Konzertes eine Verbesserungsmöglichkeit ausgeschlossen ist; hat das Spiel des Künstlers Mängel in der Wiedergabe gezeigt, so kann ebensowenig wie von einer Neuherstellung die Rede sein kann, auch nicht eine Mängelbeseitigung in Frage stehen.[1]) Von einer Wandlung aber zu sprechen, wäre eine Forderung, die ad absurdum führen müsste. Wie soll der Besteller die gebotene Leistung des Unternehmers zurückgewähren?[2]) Eher ist eine Minderung möglich. Allerdings wird es auch hier nicht leicht sein, einen Massstab zu finden. Würde z. B. von dem Besteller nach dem Konzert auf Minderung geklagt werden, so würden von den beiden Kontrahenten sehr wahrscheinlich Gut-

[1]) Riezler, a. a. O. S. 123.
[2]) vgl. Oertmann, Kommentar § 633 Ziffer 1 a und Riezler, a. a. O. S. 123.

achten über die gebotene Leistung beigebracht werden, die sich voraussichtlich sehr entgegenstehen. Was für den einen eine hervorragende Wiedergabe einer Symphonie war, kann dem anderen als ein völliger Misserfolg erscheinen. Doch sei hier nur auf solche höchst individualistischen Leistungen hingewiesen, um die Schwierigkeit einer Abgrenzung zu zeigen.[1]) Insofern hat auch Riezler durchaus recht, wenn er die Minderung als theoretisch möglich hinstellt. Ob sie praktisch sich durchführbar erweisen wird, muss füglich bestritten werden. Riezler beweist dies damit, dass der Theaterbesucher z. B. nach der Verkehrssitte von vornherein das Risiko übernimmt und auch übernehmen will, sein Geld auch dann auszugeben, wenn die Vorstellung seinen Erwartungen nicht entspricht oder schlecht ist.[2]) Auch ist dagegen nichts zu erwidern, dass die Minderung praktisch einer Wandlung gleichkommt, wenn der Wert der gebotenen Leistung im Verhältnis zu der versprochenen und angepriesenen gleich Null ist.

Fassen wir also das Resultat unserer Ausführungen dahin zusammen, dass bei immateriellen Werken eine Wiederherstellung nach Vollendung nicht in Frage steht, da solche Werke nach Vollendung nicht mehr von einem Zufall betroffen werden können, dass sie aber bei noch nicht begonnenen oder unterbrochenen Werken an sich möglich sein wird. Ob aber in der Mehrzahl der Fälle der Besteller Wert auf die Leistung legen wird, kann kaum zweifelhaft sein. Ist es z. B. dem Künstler nicht möglich, zu der vereinbarten Zeit die Leistung zu bewirken, so finden die Vorschriften des § 636 Abs. 1 Anwendung. Danach kann dann der Besteller vom Vertrage zurücktreten unter Geltendmachung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung. Wir glauben somit, dass ein erneutes Bieten der Leistung des Künstlers wohl möglich ist, sei es, dass das beschädigte Instrument wieder repariert wird, sei es, dass es sich wiederfindet, oder sei es, dass ein anderes gleichwertiges beschafft wird, dass

---

[1]) vgl. Trachsel, a. a. O. S. 59.
[2]) Riezler, a. a. O. S. 123.

aber die Leistung nicht rechtzeitig, d. h. an dem vereinbarten Konzertabend, zu dem die Zuhörerschar schon erschienen ist, geboten wird werden können und dass daraus der Verzug des Schuldners resultiert, der dann dem Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz gewährt.

Es mag aus dem vorhergehenden erkennbar sein, dass eine unterschiedliche Behandlung von Werkverträgen materieller und immaterieller Art durchaus am Platze ist. Jedenfalls lassen sich aber immaterielle Werkverträge keineswegs der von uns vorgeschlagenen Art der Behandlung materieller Werke unterwerfen. Deshalb ist von uns absichtlich nicht in den früheren Ausführungen von einer solchen Scheidung gesprochen worden.

---

§ 10.

Schluss.

Die von uns vorgenommene Trennung der Werkverträge in solche, die noch nicht zu einem Abschluss gekommen sind und in solche, bei denen das Werk vollendet, aber noch nicht abgenommen ist, soll lediglich einen Versuch darstellen, auf dessen Grundlage man die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag möglicherweise abgrenzen kann. Wir sind uns allerdings bewusst, dass wir damit gegen die herrschende Lehre auftreten, die eine derartige Unterscheidung nicht kennt und erst in der erfolgreichen Werkherstellung eine Endigung des Vertrages sieht. Aber von allen den behandelten Ansichten über die Tragweite der Gefahrtragung des Unternehmers hat bisher keine eine Erfolg versprechende Lösung in der Frage der Wiederherstellungspflicht gebracht, und auch uns schien die einzige Möglichkeit zu einer Lösung nur in der von Rümelin vorgenommenen Abgrenzung zu liegen. Wenn wir uns der Ansicht Rüme-

lins nicht angeschlossen haben, so haben wir es aus dem Grunde getan, weil wir uns nicht in der Lage sahen, den schon von Oertmann erwähnten Einwand, dass sich die Ansicht Rümelins schwerlich aus dem Gesetz begründen lasse, auszuräumen.

Wir glauben aber noch einige allgemeine Bemerkungen über die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers nicht unterlassen zu dürfen. In dem viel zitierten Aufsatz Dochnahls heisst es u. a.:[1]) „Das BGB. enthält über die Frage der ev. Wiederherstellungspflicht beim Werkvertrag ebenfalls wie das R.R. keine Bestimmung. Wir entnehmen also auch für unser heutiges Recht dem Wesen des Werkvertrages den Grundsatz einer Wiederherstellungspflicht und eines Wiederherstellungsrechtes des Unternehmers".

Dieser Ansicht können wir keines Falles zustimmen. Die Tatsache, dass das R.R. diese Frage nicht geregelt hat, kann und darf kein Grund sein für das unbedingte Vorliegen einer solchen Verpflichtung. Wir erkennen allerdings mit Dochnahl an, dass das BGB. mit der Aufstellung des Satzes „der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme" noch über das R.R. hinausgegangen ist, indem es nicht wie das R.R. bei Vorliegen von höherer Gewalt den Unternehmer entlastete. Wenn aber Dochnahl[2]) seine Ausführungen mit dem Bemerken schliesst, dass „die Wissenschaft niemals aufhören dürfe, der Gesetzgebung die Wege zu ebnen im Interesse des Rechtsideals und des Volkswohles", so scheint uns dieser Ausspruch wenn je so in diesem Falle gerechtfertigt. Wir glauben uns mit der Wissenschaft und Praxis einig, dass die Frage der Wiederherstellung baldigst geklärt werden muss. Es wäre schon ein Erfolg, wenn man sich dazu verstehen könnte, den Begriff der höheren Gewalt auch beim Werkvertrage zuzulassen. Es soll nicht näher auf die in den Protokollen[3]) niedergelegten Gründe für eine Ablehnung einer derartigen Forderung eingegangen

---

[1]) Dochnahl, a. a. O. S. 304.
[2]) Dochnahl, a. a. O. S. 314.
[3]) Protokolle a. a. O. Bd. 2, S. 333 ff.

werden. Wenn es aber auf Seite 335 heisst: Es sei ratsam, den nicht zweifelsfreien Begriff der höheren Gewalt soweit als möglich zu vermeiden, so ist unseres Erachtens zu betonen, dass man sich glücklich schätzen muss, dass die Protokolle nicht häufiger derartige überaus angreifbare Begründungen gegeben haben. Die ev. Schwierigkeit einer Abgrenzung der höheren Gewalt wollen wir nicht bestreiten, aber wenn man diesen Begriff beim Werkvertrag nicht zulassen wollte, warum hat man ihn in anderen Fällen z. B. in § 701 und zwar mit nicht durchschlagenderen Gründen angewandt? Mit Recht betont daher Dochnahl,[1]) dass man unter solchen Umständen zweckmässig den Begriff der höheren Gewalt überhaupt nicht in das Gesetzbuch hätte aufnehmen dürfen. Wir können dem nach dem Grundsatz: Gleiches Recht für Alle nur zustimmen. Würde man sich aber dazu verstehen, die höhere Gewalt auch auf den Werkvertrag Anwendung finden zu lassen, allerdings nicht in der Form des R.R., das die Gefahr hier dem Besteller (unseres Erachtens ungerechtfertigterweise) aufbürdete, sondern etwa nach den Grundsätzen über eingetretene Unmöglichkeit der Ausführung, so würde damit schon mancher Streitfall in der Frage der Wiederherstellungspflicht beseitigt werden können.

Abschliessend wollen wir aber noch bemerken, dass man begrifflich und theoretisch wohl von einer Wiederherstellungspflicht des Unternehmers neben der ihm ohnehin auferlegten Vergütungsgefahr sprechen kann In der Praxis aber können sich stets unangebrachte Härten zeigen. Deshalb liegt auch unseres Wissens bisher noch kein einziges Urteil vor, das die unbedingte Wiederherstellungspflicht des Unternehmers für gerechtfertigt hält. Insbesondere sei auch an dieser Stelle nochmals auf die Entscheidung des R.R. im 107. Bande verwiesen. In der Tat gehen in dieser bestrittenen Frage Theorie und Praxis verschiedene Wege. Es mögen von der Wissenschaft für eine Wiederherstellungspflicht des Werkmeisters noch so durchschlagende und zahlreiche

[1]) Dochnahl a. a. O. S. 304.

Beweise auf Grund des Wesens des Werkvertrages angetreten werden, die Praxis hat sich diesen Forderungen gegenüber bisher stets ablehnend verhalten, wie auch die Entscheidung im 107. Bande zeigt. Den Grund dafür sehen wir in der Hauptsache darin, dass man eine derartige Gefahrtragung im allgemeinen nicht als im Geiste der Rechtsordnung liegend betrachtet. Deshalb hat auch Emerich[1]) nicht so unrecht, wenn er behauptet, dass die Verkehrssitte und der Wille der Parteien häufig nur darauf gerichtet sei, dass der Werklieferant nur zu einmaliger Herstellungstätigkeit verbunden sei.

Wir wollen auch nicht vergessen, darauf hinzuweisen, dass die Worte des § 644 „der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme" eine Vorschrift dispositiver Art enthalten. Man könnte daher einwenden, dass dadurch ja die Möglichkeit gegeben ist, im konkreten Vertrag die Art der Gefahrtragung oder ihre Verteilung auf Unternehmer und Besteller festzulegen. Diese Möglichkeit ist allerdings vorhanden, aber wie oft wird davon Gebrauch gemacht werden? Wenn der Malermeister z. B. den Anstrich eines Hauses übernimmt, wird er schwerlich daran denken, einen schriftlichen Vertrag abzuschliessen, der eine Verschiebung der Gefahrtragung enthält. Der Besteller und Eigentümer des Hauses umgekehrt wird nicht geneigt sein, die im Gesetz getroffene für ihn günstige Bestimmung durch den abzuschliesenden Vertrag ungünstiger für sich zu gestalten. In den meisten Fällen werden also überhaupt keine schriftlichen Verträge oder besonderen Abreden über die Regelung der Gefahrtragung getroffen werden, wenigstens nicht von den sog. kleinen Werkmeistern, also Handwerkern, Gewerbetreibenden usw. Diese werden dann stets der leidtragende Teil sein, während grössere wirtschaftliche und industrielle Unternehmungen — gestützt auf die ihnen durch erfahrene Juristen zur Verfügung stehende Kenntnis der einschlägigen Bestimmungen — wohl stets besondere Abreden treffen werden. Die praktische Folge dieser gesetzlichen Bestimmung ist also nur die, dass

[1]) Emerich a. a. O. S. 40/41.

in der Hauptsache der schon ohnehin schwer leidende Mittelstand die Härte des Gesetzes zu verspüren haben wird. Wir können daher auch nicht die Ansicht derer teilen, die glauben, dass infolge der durch die Gefahrtragung möglichen Härte der sachverständige Unternehmer in den meisten Fällen zu besonders vorsichtiger Vermeidung aller Gefahren und ev. zur Versicherung gezwungen wird,[1]) wenigstens scheint uns dies bei den kleinen Werkmeistern nicht der Fall zu sein.

Zusammenfassend können wir sagen, dass aus dem Gesetz einerseits ein unbedingter Anspruch auf Lieferung eines neuen mangelfreien Werkes sich nicht ableiten lässt. Der Beseitigungsanspruch des Bestellers wegen bestehender Mängel ist mehr ein Recht für diesen, als er für den Unternehmer eine Verpflichtung begründet. Dafür sprechen überzeugend der § 633 Abs. 2 Satz 2 und die angeführten Urteile des höchsten Gerichtes. Andererseits wird aber der Werkvertrag erst mit der vertragsmässigen Leistung und Beschaffenheit des Werkes als beendigt anzusehen sein. Es sprechen also für die Wiederherstellungspflicht als auch gegen sie auf beiden Seiten schwerwiegende Gründe.

Wenn wir in unseren obigen Ausführungen den Werkmeister nach Möglichkeit, d. h. soweit sich dies mit den gesetzlichen Bestimmungen vereinbaren lässt, von einer unbedingten Wiederherstellungspflicht befreit wissen wollen, so ist es nicht zum wenigsten der Gedanke einer wahrhaften und echten sozialpolitischen Gesetzgebung, um durch sie den stets staatserhaltend gewesenen gewerblichen Mittelstand, der Wirtschaft des Landes als möglichst leistungsfähig zu erhalten.

---

[1]) Kipp, Enneccerus u. Wolff. § 373, II, Nr. 3. Jahrgang 1910.